ARNOLDI VINNII JC.

JURISPRUDENTIÆ CONTRACTÆ,

SIVE

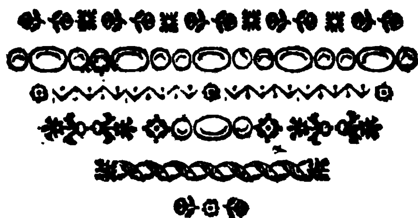
PARTITIONUM JURIS CIVILIS

LIBRI QUATUOR.

VARIIS OBSERVATIONIBUS

Ad usum forensem accommodatis illustrati.

Editio novissima, ab erroribus qui in præcedentibus irrepserant, diligenter expurgata.



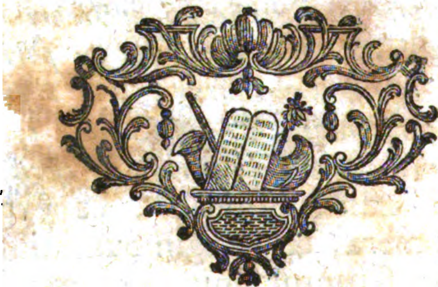
VENETIIS,
EX TYPOGRAPHIA BALLEONIANA.

MDCCXCVIII.

AD LECTOREM.

Habes Amice Lector, ARNOLDUS VINNII *Clarissimi J. C. Partitiones, a nobis iterum editas, & ab innumeris, quibus scatebant mendis expurgatas. Ad eas edendas, & studiosorum Adolescentium vota, qui hoc omnibus precibus efflagitabant, & publica utilitas, & Jurisprudentiæ decor, ac dignitas impulerunt. Rarissima erant ubique Terrarum exemplaria, at vix uspiam possent reperiri, eaque tot erroribus, ac sordibus inquinata, tot perversis legum allegationibus impedita, atque implicata, ut multa nonnisi diligenti studio, ac labore improbo percipi, & comprehendi possent; quorum specimen habes in fine hujus Libri. Quocirca ex umbratili publicarum Academiarum exercitatione in aciem forensem prodeunt, qui veri juris, germanaque justitiæ fontes nunquam viderunt, & nullam propemodum Jurisprudentiæ partem attigerunt. Cum autem ejus disciplinæ, quam profitentur, non satis firma jecerint fundamenta, quicquid extruxerint, corruat, & collabatur necesse est. Hinc illa doctorum hominum querela, vix quemquam ad absolutam, consummatamque Juris scientiam pervenire; perpetuari causas; lites ex litibus fieri, de bonis, de fortunis omnibus Civium a legum ignaris plerumque decerni; qui luculenta librorum supellectile sunt instructi, suisque scriptis confertissimum auctorum agmen intrudunt, Juris consultissimos judicari. Nimirum non ex purissimis Jurisprudentiæ fontibus præcepta legum hauriuntur; sed rivulos consectamur, atque eos plerumque lutulentos, & dissidentium opinionum colluvione inquinatissimos. Quæritur Cicero in tertio de officiis:* sed nos veri juris, germaneque justitiæ solidam, & expressam effigiem nullam tenemus; umbra, & imaginibus utimur, easque ipsas utinam sequeremur: feruntur enim ex optimis naturæ principiis, & veritatis exemplis. *Nos autem non solum a naturæ principiis, & veritatis exemplis, sed etiam a legum Romanarum, quibus utimur, institutis longissime discessimus: & præstantissimorum virorum, qui jus civile fundarunt, optima præcepta negligimus, atque contemnimus. Quocirca operæ pretium esse duximus hac juris partitiones iterum edere, quibus & Jurisprudentiæ fontes aperiuntur, & totius civilis prudentiæ fundamenta jaciuntur, & ad forensem disci-*

plinam via sternitur facilis, & expedita. Non magnus liber, sed qui totum jus civile complectitur, omnesque ejus partes confuse, & permixte dispersas in genus quasque suum discrete, atque ordine digerit, dissolutas conglutinat, & certa ratione constringit, & exponit dilucide, atque perspicue. M. Tullius jus civile in artem redigere jam olim meditabatur, normamque, & regulam id perficiendi tradidit, atque præscripsit. Utinam absolvisset quod animo, & cogitatione comprehenderat. Verumtamen ne id magnopere desiderémus, effecit ARNOLDUS VINNIUS, *qui tanto duce viam præmonstrante, quod ipse complere neglexit, feliciter est assequutus. Enim vero id multi sunt aggressi; Connanus, Vigelius, & alii: sed minus prospere successit. Solus Hugo Donellus quod animo intenderat, mirabili artificio, doctrinaque perfecit absolutissime. Sed moles operis plerosque deterret. Hic autem ejus vestigiis insistens, quæ ille fuse, copioseque explicavit, strictim, breviterque perstrinxit, & compendiariam ad jurisprudentiam viam patefecit. Fruere igitur, amice lector, nostris laboribus, & hujus clarissimi auctoris doctrina penitus imbutus forum attingere ne verearis, & primas te laturum pro certo habeas, planeque confidas.*



EPISTOLA
DEDICATORIA.

ETSI in erudienda, informandaque ad humanitatem juventute assidue occupatus vix suppeditare queo studiis Juris civilis, cujus fines latissime quoquoversum patent; tamen existimavi, Nobilissimi, & amplissimi Viri, non posse melius a me collocari quantulamcumque necessariarum occupationum interstitionem, quam in eo studio celebrando, recolendoque, in quo optimam ætatis meæ partem consumpsi. Etenim non solum fas esse arbitratus sum, ex rerum præstantissimarum contemplatione domesticam quamdam subsecundariis temporibus oblectationem petere; sed etiam fructum aliquem illius otii ad alios pervenire volui; & vero sic maxime pervenire posse putavi, si me ad ea potissimum studia retulissem, in quibus aliquanto plus quam in ceteris profecisse idcirco mihi videbar, quia in iis diutissime eram versatus. Ac ne cui hoc institutum nostrum alienum videatur ab officio ludimagistri, meminisse utique debui, etiam personam Jurisconsulti mihi impositam esse, quam, quoniam alia non possim, ista saltem ratione liceat sustinere. Minime vero vereri debeo, ne idcirco minus puerorum disciplinæ satisfacere videar, quod in eo, quod dixi, otio excellentiora quædam studia colo, exerceoque, quæ etiam in his, quæ istarum sunt partium, vel adjumento mihi esse, vel ornamento possunt. Igitur ut ad rem sermonem conferam, cum minutatim acervando, justum tandem lucubrationum cumulum fecissem, eas non in nonum usque annum, sicut poemata sua poetæ solent, premere, sed quam primum ad communem omnium usum conferre volui; ut si qua in iis esset utilitas (esse autem in hujusmodi operibus vel maximam summi affirmabant viri) ad eam etiam auctarium quoddam ex repræsentatione accederet. Ego quidem, etsi non inficior, tenuiora esse hæc, quam ut ullam inde gloriam expectare debeam, non vereor tamen minorum hujusmodi vigiliarum opera cum gravioribus illis, quæ sola nomen inserere possunt famæ, emolumento exæquare, atque illorum pondere horum pensare magnitudine utilitatis. Neque vero aliter quemquam judicaturum existimo, quam quod ex omnibus, qui rerum bonarum disciplinas, & maxime jus civile excoluerunt, eorum longe plurimum prosit industria, qui eas ipsas res artificiose dige-

stas

stas generatim composuere; siquidem uno compositionis artificio, quam methodum appellamus, duplicem hunc sunt fructum consequuti, quod & intelligentiæ magnum lumen attulerunt, & memoriæ, quæ duo in omnibus Musarum alumnis maxime requiruntur, alterum etiam præcipua quadam ratione in Jureconsultis. Quamobrem tametsi videbam alios nonnullos, eosque claros viros, plurimum in hac parte studii posuisse tamen in re tam præclara, atque utili si quid operæ, aut laboris etiam post illos in studiorum maxime gratiam susceptum foret, ne id quidem sua laude cariturum putavi. Proinde cum ex libris Juris civilis, adjutus paucorum, qui in hoc genere excelluerant, & præsertim Donelli nostri Commentariis, excerpsissem, congessissemque præceptiones omnes, & theoremata universalia, quibus juvenilem ætatem ad principem scientiam induci, atque ab incunabulis formari Jurisconsultum posse arbitrabar, singula deinde ratione quadam conglutinavi, atque constrinxi, sequutus eum ordinem, qui semper doctissimo cuique maxime placuit. Nam etsi non usquequaque alienis insisto vestigiis, in nexu tamen summarum partium eam viam sequutus sum, quam in Elementis hujus scientiæ præmonstrarunt, præmunieruntque primi illi legum Compositores, ac tantum non ex professo affectavit is, cujus modo mentionem feci, judicio eruditorum omnium τῶν μεθοδικῶν facile princeps. Enimvero quidquid hic a me susceptum est, non alio id sum fine aggressus, quam, ut Mercurialis instar statuæ, intenso ad rem digito, viam planam, & expeditam, si ullo modo assequi possem, incipientibus commonstrarem, qua decursa, animoque certissima principiorum omnium cognitione celeriter imbuto, jam paratiores ad exercitationes sive privatas, sive publicas venientes, uberiora aliorum monumenta cum judicio adire, ipsaque juris volumina majore cum fructu pervolutare possint. In primis igitur operam sedulo dedi, ut cuncta, quoad possem, breviter, plane, puro, dilucidoque sermone, hoc est, eo, quo ab initio tradita sunt, pertractarem. In quo etiam hoc magis elaboravi, quod sciebam majora omnia ingenia, præsertim nostratia, ita esse comparata, ut, quantum amare solent purum, expeditumque sermonem, tantum oderint, fugiantque prolixitatem. Sane vero non usque eo parci, restrictique sumus, ut vereamur in re ad cognoscendum præclara latius aliquanto expatiari, & disputare paulo enucleatius, verumtamen nusquam a certissimis digredimur principiis, ex quorum ignoratione omnis fere ambiguitas ab initio nata est; ac mox, quam ingressi sumus, etiam celerius repetimus viam. Proxima superiori cura fuit, uno perpetuo orationis filo opus contexe-
res

re; nam & definitiones, partitionesque, tum regulæ, atque his subjectæ exceptiones, quarum nulla in arte tanta est celebritas, non solum memoria citius comprehenduntur eodem tenore continuatæ, sed etiam suavius, jucundiusque recoluntur, & utique literato lectori; quem etiam delectatione aliqua alliciendum reor, gratior esse solet continens, atque æquabilis, quam hiulca, & longa locorum demonstratione interrupta oratio. Neque tamen locum illum principem, auctoremve, ex cujus penario nostra hæc deprompta sunt, præterivimus, sed ne seriem rerum, quas perpetuo, eodemque arctissimo nexu inter se colligatas esse voluimus, abrumpere identidem cogeremur, uno passim exemplo obscuriora illustrasse contenti, auctores locosque seorsim ad oram indicavimus, unde qui volent, plura petere, & uberiorem explicationem queant. Illud postremo me nostratibus debere quodam præcipuo titulo existimavi, ut hæc degustantes simul ex hodierna juris ratione aliquid haurire possent, quæ quotidie versatur in foro; ac proinde etiam carpsi nonnulla, & delibavi ex his, quæ legibus, aut moribus apud nos constituta, aut recepta sunt, aut finem controversiarum pronunciatione Judicum acceperunt. Qua quidem in re cum me multum juverint duo clarissima ingenia nostri fori, *D. Adrianus Goesius*, & *D. Jacobus Deutza*, non debui tam officiosam humanitatem egregie cordatorum hominum silentio præterire. Ceterum etiam hæc ipsa una cum præcedentibus constipata in marginem, velut in unam Myconum conjecimus, quo uno aspectu cuncta intueri commode liceret. Opus ipsum ita partiti sumus, ut una pars duobus voluminibus omnem juris sui cujusque cognitionem, altera ejus obtinendi rationem totidem libris complecteretur. Quoniam autem in erudienda juventute quotidianis, vel potius assiduis prælectionibus occupati totum perpolire hactenus non potuimus, partem illam, quæ juris nostri cognitionem continet, præmittere placuit, quamvis tersam minus, quam vellemus, ac limatam. Sed quis est, qui in istis subcisivis necessariarum occupationum quasi furtis perfectum quid, aut absolutum requirat? Ceterum non sum nescius, Amplissimi viri, cum ea, quæ ab aliis tradita sunt, huc transfero, cogoque fore, ut mea hæc opera in multorum reprehensionem incurrat. Neque enim defuturi sunt, qui me vel arrogantiæ insimulabunt, vel stultitiæ, quod operam in eam rem insumpserim, quæ a gravissimis auctoribus luculentissime, & subtilissime pertractata est. Alterutrum enim esse necesse, ut aut his meliora promere me posse crediderim, aut ut nihil agere voluerim profecto. Illud temerarium, superbum, arrogans, hoc vero stultum & inane. Poterat me ab hujus-

modi

modi vocibus vel sola defendere eorum hominum, quorum auctoritatem sequutus sum, conscientia, sed tamem dabitis mihi hanc veniam, ut pauca: quæ in mundo sunt, insuper respondeam. Primum non existimo nefas esse ea, quæ semel ab aliquo tractata sunt, iterum sub incudem revocare; Nam quis unus eo unquam felicitatis pervenit, ut suis unius vigiliis aliorum præscriberet, præjudicaretque industriæ? Quid quod etiam voce principalis oraculi majore laude dignus censetur is, qui, quæ ab aliis inventa sunt, subtiliter emendat, quam qui primi invenerunt? quamquam in eo quidem præter laudem conatus nihil mihi assumo. Porro etsi aliorum scriptis, quæ in hoc genere extant luculentissima sane, & subtilissima, tantum tribuo, quantum amplitudini debetur eorum, qui tam præclara nobis pepererunt; tamen non video, cur ea nostrum hoc institutum retardare debuerint. Sit sane major in illis splendor; habeant suam provectioribus propositam utilitatem; nostra hæc, etsi fortasse non omnibus (quamquam etiam hoc speramus) æque profutura sunt: tamen nobis videbimur haud infeliciter operam navasse, si hoc unum assequuti fuerimus, ut ii, qui nuper ad studia Juris Civilis ingressi sunt, sine errore longius progredi, atque ad ea, quæ cupiunt, quam celerrime pervenire possint ab hoc aditu, januaque patefacta. Plane illud palam profitemur, ab aliorum fontibus, & maxime illius, per quem plurimum profecimus, rivulos hosce esse deductos. Sed an idcirco nihil prorsus ipsi egisse existimandi sumus? Atqui multa passim interfluunt; usus, judicium, ordo nonnunquam ipse, tum eorum, quæ alibi deesse, aut superesse videbantur, expletio, aut amputatio, aliaque complura, quæ hærcule meo jure videor posse vindicare. Nihil ne igitur agunt, qui quæ ab aliis bene inventa sunt, tuentur, qui his suum judicium, suum scribendi ordinem adjungunt, qui imperfecta explere satagunt; supervacua resecare; Nihil, qui ad augendos juvenilis industriæ fructus, minuendasque longi temporis molestias, ex amplioribus, & gravioribus aliorum monumentis ea colligunt, quæ a tenuioribus ingeniis & citius percipi, & perfectius cognosci, & melius retineri possunt? Profecto longe alia, & veterum omnium ratio, & recentiorum fuit, qui idem in reliquis artibus, & disciplinis omnibus factitarunt. At fortasse hoc in ceteris suam utilitatem habet, in Jure Civili est supervacuum. Quorsum enim, dixerit quispiam, tanta curiositas in colligendis, conglutinandisque principiis, & præceptionibus ejus scientiæ, qua vel promiscue contrita quædam, & communia legentes, dum simul ad usitatam in scholis consuetudinem mediocriter exerceantur, tam facile repleri possunt? Quotus

ergo

ergo quisque est, qui non penitus perceptis certis illis, fixisque principiis, ad certam ullam, aut solidam frugem unquam pervenit? Quotus inquam quisque est, qui peregrinus adhuc, & hospes in principiis, id est, præceptis, & regulis juris generalibus, in forum delatus laudem boni causarum patroni unquam est adeptus? Quid quod tanto magis quærenda sunt in jure civili præceptorum compendia, quam in ceteris disciplinis, quanto fines ejus, quam aliarum artium latius patent; tanto magis vitandi anfractus, parciusque tempus dispensandum, quanto plurium rerum comitatu pectus implere debet is, qui foro paratur lucem ingenii, & consilii sui cunctis prope civibus aliquando porrecturus. Neque tamen hæc ita dico, ut existimem veram, & solidam juris cognitionem nudis istis documentis comparari posse sine usu, atque adjumento exercitationis; sed exercitationem ipsam certa præceptorum methodo destitutam non plus valere ad perfectam juris civilis, quam aliarum artium cognitionem contendo. Atque ut M. Tullio concedam, naturam, atque ingenium exercitatione adjutum etiam sine præceptionibus nonnihil posse; tamen hoc mihi vere videor dicturus, nisi qui in hujus sunt cursu studii, dum in scholis quasi ludicra exercitatione prædiscunt ea, quæ sunt agenda in foro, interea præcepta universa, & regulas hujus artis generaliores, atque, ut verbis utar Aristotelis τὸν καθόλυ ἐπιςήμην, penitus hauriant, ubi in verum rerum certamen, in forum tamquam in castra, atque aciem educentur, mancam fore, & imperfectam illam ipsam forensem exercitationem:

Alterius sic
Altera poscit opem res, & conspirat amice.

Quæ cum ita sint; non est, quod huic operæ defensionem operosius quæramus. Cui enim non laudabile videri debet id studium, quod in re tam utili, tamque necessaria collocatur? aut quis nostrum jure reprehenderit, qui, ut hac etiam via commoda juventutis adaugeamus, ceteris curis soluti enitimur? Ceterum cum ad commendationem operis, plus etiam, quam ipsius operæ utilitas, valere, præsertim initio, soleat nomen, atque existimatio auctoris, ignorare utique non potui, si meum hoc opus ex solo auctoris nomine æstimaretur, nihil admodum esse commendationis habiturum. Atque ea me idcirco res impulit, ut vos potissimum. Nobilissimi, & Amplissimi viri, patronos huic instituto meo adornaverim; nempe quæ ad commendationem ejus mihi deesse

intelligebam, præsidia existimationis, & gratiæ, inde petere volui potissime, unde ea mihi parari posse, vel maxima, & firmissima putabam. Quippe ita mihi sum persuasus, ita etiam nunc spero, omnes bonarum literarum, & Jurisprudentiæ cultores, quod genus hominum ego valde venerer, non aliter animum suum inducturos, quam bona, & utilia esse ea, quæ vobis, hominibus scilicet gravissimis, & prudentissimis placere animadvertent. Facit autem singularis vestra benevolentia; qua me semper complexi estis, ut in spem veniam fore, uti vos hoc patrocinium haud gravate suscipiatis, dato videlicet etiam publico hoc præclaræ erga me voluntatis testimonio, ut in vestro apparere nomine hasce lucubrationes meas patiamini. Quod quidem si erit a vobis impetratum; maximam habebo huic benignitati vestræ gratiam, simul fidentius quod deinceps dabitur otii, ad alteram illam partem, quæ ad Juris nostri persequutionem pertinet, expoliendam conferam. Quin etiam multo id facerem diligentius, accuratiusque, si otio paulo liberiore frui liceret. Nunc vero quoniam angustia temporis circumscripti, neque pro dignitate tractare scientiam principem, neque pro amplitudine latissime patentem excolere possumus, erit humanitatis vestræ, Nobilissimi, & Amplissimi viri, ea, quæ interim a nobis proficiscuntur, qualiacumque sint, æqui, bonique consulere. Valete. Hagæ Comitis, Anno MDCXXIV. pridie Idus Januarii.

Amplitudini vestræ addictissimus

ARNOLDUS VINNIUS.

BRE-

BREVIS CONTRA AMETHODOS
PRO ARTE JURIS
DISSERTATIO.

MULTI nostra memoria conati sunt ostendere, non minus jus civile, quam ceteras disciplinas, justo ordine, ac methodo comprehendi, & concludi posse; credo, quod existimarent residere adhuc in animis hominum erroris eorum quasdam reliquias, qui negasse dicuntur, jus civile in artem redigi posse. Ego vera vix adduci possum, ut credam, quemquam in errore tam crasso versari, qui modo, quid sit ars, aut quid ea postulet, intelligat. Nam præterquamquod M. Tullius jam olim satis luculenter ostendit, eadem illa ratione, ac via, qua pleraque alia, quæ dissoluta ante fuerunt, constricta, & coacta sunt, posse etiam ea, quæ jure civili constituta sunt, vel recepta, conglutinari atque ad artem redigi; habemus prima juris elementa satis eleganti artificio contexta, vide Or. *tamquam* πρωτότυπον, *seu exemplar quod imitemur in universi juris systemate; quemadmodum Tribonianum ipsum credibile est, eumdem illum ordinem in Isagoge ista servasse, quem veteres, ex quorum commentariis collecta est, sequuti sunt in tradenda integra, hac disciplina. Non anxie hic quærimus artem plene perfectam, & absolutam, aut limatum illud, & subtile, docendi genus, quod in mathematicis adhiberi potest; (quamquam magnus ille Gebennensium Præses existimat non minus jurisprudentiam nostram habere certa principia, quam mathematicas disciplinas,) satis esse ad hanc artem arbitramur, populariter,* Anton. præfat. ad Rational. & Jurispr. Papin, *& pingui Minerva, quoad rei cujusque natura patitur, de unoquoque genere disserere. Etenim si ea, quæ per libros juris civilis dispersa sunt, a peritis hominibus coadunata, definitionibus declarata, generibus illustrata, formis, ac partibus fuerint distributa, denique ita collocata, ut inferius quodlibet a superiori, omnia a summo dependeant, non video, quamobrem non, sin minus subtili illa definitione, at hac populari ratione ars*

esse videatur. Adhac habemus in parte illa, quam dixi, archetypon, cujus formam in toto exprimere commode possumus. Atque hanc rationem, quod ea nobis cum expeditissima, tum utilissima videbatur, etiam nos in hisce libris, quoad fieri potuit, sequuti sumus. Ceterum est alius error multorum animis adhuc infixus, qui omnibus modis evellendus est. Sunt enim non pauci, qui tametsi aperte fatentur, posse etiam jus civile arte aliqua, ac methodo comprehendi, eos tamen, qui id moliuntur, in re inutili, minimeque necessaria operam collocare existimant, & quod dici solet, παρὰ ποταμὸν φρέαν ὀρύττειν; error eo magis noxius, quo pluribus familiaris Praetexitur species facilitatis. Ajunt enim jus civile non in rebus abstrusis, aut a sensu nostro remotis, ut plerasque alias disciplinas, sed in rebus ante oculos positis, & in usu quotidiano collocatis, in congressione hominum, atque foro versari; ideoque vel singula legum capita percurrentem, passimque carpentem, & colligentem, undique repleri ista juris scientia posse, & plerosque nulla arte ductos usu quodam, & experientia non tralatitiam juris cognitionem esse consequutos. Testem esse illud ipsum forum, in quo multi non idcirco minus juri civili satisfecerint, quod ope hujus artis fuerint destituti. Testem esse M. Tullium, qui tametsi soli Servio artem tribuit, manum tamen juris civilis usum, & apud Scaevolam, & apud Aculeonem, & apud alios fuisse fateatur. Quid quod idem Tullius in re admodum tenui versari juris scientiam existimet, in qua adeo nihil difficultatis sit, adeo obscuritatis nihil, ut vel triduo jurisconsultum se profiteri posse glorietur. Quid igitur hisce vocibus respondemus? Nimirum eos, qui ita disputant, aut non satis serio & bona fide agere; aut quod magis puto, non intelligere, quae commoda ex arte percipiantur. Bona fide agere non videntur, quod causam facilitatis obtendunt in eo studio, quo certum est nullum esse difficilius. Nam, ut demus esse quaedam studia subtiliora: hoc certe cuncta alia superat magnitudine, & ubertate, ut vel ex eo solo, quam difficile sit, appareat, & peculiari etiam ratione lucem, ductumque artis, & rectae institutionis desiderare. Quod auctoritatem M. Tullii allegant, ne id quidem faciunt bona fide. Licuit Ciceroni, licet principibus eruditionis viris in omni recto studia exercitatis multa sibi,

In Brut. & 1. de Orat.

In Orat. pro Muraen.

quae

quæ non sunt posita in potestate cujusvis, assumere. Licuit Oratori, dum causæ servit, magnitudinem rei verbis extenuare. Fecit id, cum pro Murana diceret contra Servium Sulpitium. Fecit, inquam, quia causa id postulare id videbatur, non quod ipse ita esse sentiret. Quis enim nescit orationes, quæ in judiciis habentur, causarum esse, ac temporum, non hominum, aut patronorum? Si auctoritas Ciceronis, quæritur, extant alibi luculenta illius de studio juris testimonia. Nemo plus unquam, 1. & 3.
quam ille, huic studio tribuit; nemo majori dignatione jurisconsultos prosequutus est. In persona L. Crassi, vel unum duodecim Tabularum libellum, omnibus philosophorum bibliothecis anteponit; domum jurisconsulti oraculum appellat civitatis. Sed, ut dixi, magis est, ut existimem hosce homines non intelligere, quam utile sit, disciplinas certo ordine, ac methodo tradi; quam uberes ex eo fructus efflorescant tum intelligentia illuminanda, tum confirmanda memoria, quam præcipuam jurisconsultorum dotem faciebat antiquitas. Quare ad philosophorum scholas eos ablegemus, ut ab iis discant, quanta commoda omnibus Musarum alumnis methodus apportet. Ibi discent, methodum, & intelligentiæ veram parentem esse, & optimam ejus animæ partis magistram, quæ custos est reliquarum. Discent methodum esse vinculum cujusque disciplinæ, & animam. Denique in omni multiplici materia tamquam Labyrintho methodi ductu, ceu filo Dædaleo, cæca discentium vestigia regi. Quod si Platonem audire volent, etiam divinitatem quamdam in methodo agnoscent; artificemque methodi cum Socrate prosequentur κατόπισθε μετ' ἴχνια ἅτε θεοῖς. *Hæc autem methodi, atque artis encomia non magis ad alias disciplinas, quam ad juris scientiam pertinere discent ab illo ipso, quem pro se testem producunt, Cicerone. Nunquam enim ille jus civile in artem redigere ipse cogitasset, nisi hanc operam omnibus hujus disciplinæ studiosis perquam utilem esse censuisset. Nunquam Servium Sulpitium, qui primus artem ad hoc studium attulit, cæteris consultis omnibus anteposuisset, nisi magnum quid, & prope divinum putasset, artem adhibere ad ea studia, quæ confuse, & perturbate ab aliis ante tractata fuerant. Neque vero singulis tantum ob hanc causam eum anteposuit; sed etiam universis. Omnes, inquit, ex omni ætate, qui in hac ci-*

Margin notes: "1. & 3. de Orat. & Philipp. 9." (beside "Nemo plus unquam … jurisconsultos"); "In Phileb. & Phædr." (beside "Quod si Platonem audire volent"); "Philip. 9." (beside "Omnes, inquit").

vitate intelligentiam juris habuerunt, si in unum locum conferantur; cum Servio Sulpitio non sunt comparandi. Et alibi, existimo, inquit, juris civilis magnum usum, & apud Scævolam, & apud alios fuisse, artem in hoc uno, quod nunquam effecisset ipsius juris scientia, nisi eam præterea didicisset artem, quæ doceret rem universam tribuere in partes, latentem explicare definiendo, obscuram explanare interpretando, ambiguam primum videre, deinde distinguere, postremo habere regulam, qua vera, & falsa judicarentur, & quæ quibus propositis essent, quæque non essent consequentia. Hic enim attulit hanc artem omnium artium maximam, quasi lucem ad ea, quæ confuse ab aliis aut respondebantur, aut agebantur. Tanti artem juris fecit, tanti ab aliis eam fieri voluit princeps ille ingenii, & doctrinæ M. Cicero: quamobrem ut & nos fateamur, posse etiam sine arte, longo usu, & diligenti multarum rerum observatione non mediocrem juris scientiam comparari; esse etiam nunc Scævolas, esse Aculeones, esse, qui multa, licet ἀμεθόδως, præclara tamen, nec in scholis, aut foro negligenda, literis mandarint; attamen cum Serviis, idest, iis, qui artem ad hoc studium attulerunt, nullo modo sunt conferendi. Tarde consequimur, quod ab usu solo, & ætate expectamus: ars nihil non repræsentat. Sæpe tædium dicentibus attulit temporis diuturnitas; ars illam multis parasangis præcurrit. Sæpe confusio rerum & perplexitas discentes ab optimo studio ita deterruit, ut voluntatem discendi una cum spe perdiscendi abjecerint; ars illam confusionem tollit, rerumque perplexitati, & ceteris incommodis medetur. Ars in summa hoc præstat, ut finitum sit jus, quale & esse posse, & debere Neratius scripsit, ut jam sole meridiano clarius appareat, nihil arte esse utilius etiam in disciplina juris civilis.

In Brut.

In l. 2. de jur. & fact. ign.

Habes causam, optime Lector, quæ me impulit, ut corollarium hoc operi instituto addiderim. Occurrere amethodorum errori volui, quantumque in me est, providere, ne quid ex eo detrimenti caperent studia juventutis.

S E-

SERIES CAPITUM TOTIUS OPERIS.

IN ADITU.

44. De

LIBRI SECUNDI.

16. De

ex

LIBRI TERTII.

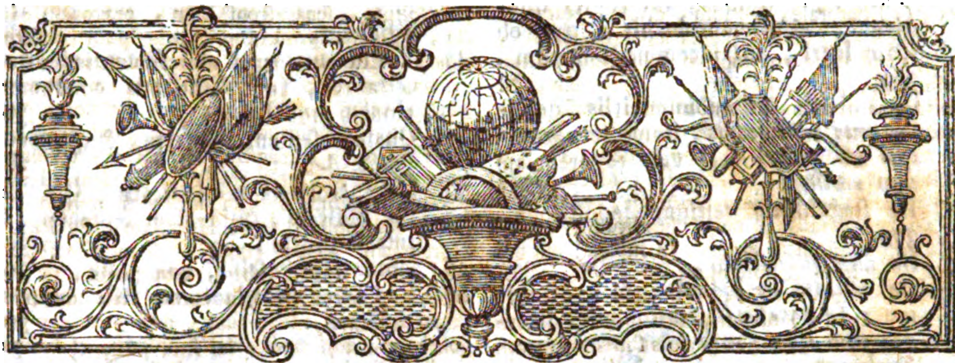
27. Quid

LIBRI QUARTI.

eorum,



ADI-



ADITUS AD JURISPRUDENTIAM.

CAPUT PRIMUM.

Quid sit jus, & quotuplex.

QUI iter ad juris civilis scientiam affectant, vestibulum ejus ingressi, priusquam pedem penetrent, duo hæc cognoscant necesse est. Quidnam sit jus, quæ ejus vis, atque auctoritas, tum Quodnam illud sit, quid contineat præcipiatque. Hinc mox elucebit finis, ad quem assequendum interiora capessentibus exinde muniemus viam. Jus a jussu (a) per apocopen dictum videtur. Proprie enim jus dicitur, naturæ, aut populi, ejusve, qui vicem populi gerit, jussum. Ab hac significatione quatuor aliæ minus propriæ fluxerunt. Primum per metonymiam contenti pro continente jus pro (b) arte juris dicitur. Secundo per eamdem figuram, converso modo, pro eo, quod cuique jure (c) tribuitur. Tertio in specie pro (d) potestate jure tributa, quod fit, quoties verbis faciendi jus adjungitur. Quarto (e) loco, quo Jus redditur: ut cum dicimus, in jus vocari, in jure confessos pro judicatis haberi, in quo est metonymia adjuncti pro subjecto. Ex propria autem significatione jus recte definitur, constitutio (f) omnis jubens in (g) publicum, imperans recta & prohibens contraria, iis, quibus posita est, parendi necessitatem imponens. Duæ hic partes præcipuæ; (h) jussus, & jussus executio. Juris est jubere non quidvis, sed quæ † recta sunt, vetare contraria. Rectum est, quod aut natura, & per se justum, & honestum est; ut Deum colere, neminem lædere, aut utile in commune, ut usucapio. Executio duabus in rebus consistit; pœna legi addita; & auctoritate constituentis. Pœnam hic generalius accipimus, ut & (k) actio eo nomine contineatur, quam adversus aliquem instituimus. Auctoritas constituendi penes quos sit, ostendit juris distributio. Jus triplex

---

(a) Antiqui enim, auctore Festo, jura dixerunt jussa. Ulp. a justitia deducit. *l.* 1. *ff. de just. & jure* quæ notatio quædam Dialectica est a causa.

(b) In quo significatu definitur a Celso, *ars æqui, & boni*. *d. l.* 1. *eod.*

(c) Sic accipitur in definitione justitiæ, *& in l.* 2. *ff. de his, qui sui, vel al. jur.*

(d) Ut in definitione actionis, itineris, actus, viæ, *inst. de act. in pr. l.* 1. *de ff. de serv. præd. rust.*

(e) Quod fit, quoties conjungitur verbis motum ad locum, aut consistentiam in loco significantibus.

(f) Eadem fere est definitio legis apud Cic. *Philip.* 11. *& lib.* 1. *de leg.*

(g) Jura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur. *l.* 8. *ff. de leg. c. c.* sic; Quicumque post hanc legem rogatam testamentum faciet &c. *l.* 1. *ad l. falcid.* non autem, sic: Si L. Titius testamentum faciet. Ex quo intelligitur, privilegium proprie, & absolute jus non esse.

(h) Legis virtus est imperare, vetare, permittere, punire. *l,* 7. *de leg.* jussus est in trib. primis clausulis, in postrema executio.

† Legem oportet esse sanctam, & justam *c. erit, dist.* 4. impia, & iniqua pro lege non est habenda. Bart. *ad l. ult.* C. *si adv. jus vel util. publ.* Præclare Cic. 1. *de legib.*

(i) Quæ pars legis sanctio dicitur. *l. sanctio, ff. de pœn.* & in hoc jus publicum distat a Philosophorum traditionibus, quæ intra nuda præcepta consistunt.

(k) Non tantum quæ pœnæ, sed etiam quæ rei persequendæ causa comparata est: utraque enim ad executionem hanc pertinet.

plex, (l) naturale, gentium, civile. Naturale est, quod (m) natura omnia animalia docuit, id est, quod in natura omnium animalium ita expressum est, ut non hominum sit proprium, sed similitudine quadam hominibus cum brutis commune; ut maris, & feminæ conjunctio, sobolis procreatio, educatio, sui (n) defensio. Jus gentium est, quod (o) naturalis, id est, recta ratio inter omnes homines constituit, cujus reliqua animantia nullam, ne per similitudinem quidem, communiomem habent. Id duplex; aut natum a principio, & hominibus ingenitum; ut erga Deum pietas, religio, erga homines charitas, amicitia: aut (p) ortum postea, & necessitate cogente expressum; cujus generis sunt, commercia, distinctio dominiorum, jura belli. Jus civile est, quod quisque (q) populus imperio subjectus sibi constituit, aut addendo aliquid juri communi, aut detrahendo, nec enim in totum ab eo recedere licet (r).

CAPUT II.

De Jure civili Romanorum.

JUs civile Romanorum est, quod populus Romanus sibi constituit. Id vere jus esse ex definitione supra a nobis posita intelligitur. Species hujus juris duæ; scriptum, & non scriptum; (s) sive lex, & consuetudo. Legis vocabulum omnes (t) partes juris scripti complectitur. Hæ sex; lex, in specie ita dicta; plebiscitum, senatusconsultum, prætorum edicta, responsa prudentum, principum constitutiones. Lex est, quod universus populus Romanus, senatorio (u) Magistratu (x) interrogante, veluti consule, prætore, dictatore, constituebat. Plebiscitum (y) est quod plebs scivit plebejo (z) magistratu, veluti, tribuno, interrogante. Quod ab initio quidem ad universum populum obligandum vim nullam habuit, sed post † leges Horatiam, Publiliam, Hortensiam habere cœpit. Senatusconsultum est, quod senatus jubet, atque constituit, ad quem (a) necessitas ipsa curam reip. deduxit. Prætorum (b) edicta sunt, quæ prætores proponebant, adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia. Responsa (c) prudentum sunt sententiæ, & opiniones, eorum, quibus de jure respondendi potestas erat. Principum placita, sive constitutiones sunt id, quod Principi placuit. Quæstio de auctoritate constitutionum sola hodie utilis, de reliquis juris scripti partibus supervacua: quidquid enim ex iis in libris nostris reperitur, pro jure habetur ex (d) confirmatione Justiniani. Constitutionum species (e) tres: Edictum, decretum, rescriptum, sive epistola. Edictum (f) est, quod Princeps proprio suo motu, ut quid fiat, aut non fiat publice edixit. Decretum (g) est, quod Princeps, causa cognita, & utraque parte audita, pronunciavit. Rescriptum, sive Epistola, cum vel de jure (h) consu-

---

(l) L. 1. §. *penult. & ult. ff. de just. & jur.* §. *ult. inst. eod.*

(m) *Inst. de jur. nat. gent. & civ. in pr.* hoc jus non ex utentium qualitate, sed ex facto æstimatur: quod quæ hujus juris sunt eorum sensu, ac desiderio etiam bruta afficiantur, adinstar desiderii humani, ut Tul. in *Lælio*.

(n) Nihil latius natura animalibus omnibus insevit: unde inter ea, quæ hujus juris sunt primo loco ponitur a Cic. 1. *offic.*

(o) Idcirco & ipsum naturale passim tum a JC. tum a Philosophis appellatur; & utrumque uno nomine commune. *l. 6. & 9. ff. eod.*

(q) Aut qui eam potestatem a populo acceperunt. Sin populus alterius imperio paret, non plus juris hic habebit, quam is, cui paret concesserit. *l. deprecatio. ad l. Rhod.* Statuta tamen condere non prohibetur, quatenus juri communi non adversentur, *l. ult. de coll. & corp. l. 3. §. divus, de sep. viol.* adhibe Schneid. *ad* §. 1. & 3. *n.* 14. *inst. de jur. natur. gent. & civ.*

(r) *d. l. 6. de just. & jure*, §. *pen. inst. de jur. nat. gent. & civ.*

(s) *d. l. 6. ff. de just. & jure*, & §. 3. *inst. eod.* Tota legis essentia consistit in aperto legislatoris suffragio. *l. 31. in fin. de legib.* est igitur divisio ex adjuncto.

(t) Lex est, quæ scripto sancit quod vult. Cic. 1. *de legib.* & ita passim a nostris usurpatur. Nonnunquam latior est ejus significatio, ut cum lex naturæ dicitur pro jure.

(u) Ferebantur leges comitiis centuriatis a magistratibus, penes quos erant majora reip. auspicia: neque tamen ab omnibus, ut observavit Nic. Gruch. *lib.* 2. *de com. Ro.* 3.

(x) Nisi populus, aut plebs rogaretur, nullum populi, aut plebis jussum fieri poterat. Vid. Agell. *libr.* 10. *cap.* 20.

(y) Plebiscita tributis comitiis fieri solita constat, cum centuriata a plebeis magistratibus vocari non potuerint. Id. Gruch. *lib.* 2, *c.* 2. quem scriptorem antiquitatis studiosis vehementer commendo.

(z) Tribuni, & ædiles proprii plebis magistratus erant, sed ædiles leges tulisse non legimus.

† Liv. *lib.* 3. & 8. & Flor. *in epit.* 11. Gell. 15. 27. Ita factum est, ait Pomp. ut inter legem, & plebiscitum species interesset constituendi, potestas autem eadem esset. *l. 2. §. deinde de orig. jur.*

(a) Teste Pomp. *d. l.* 2. §. *deinde*. Eodem forte pertinet illud Modestini *in leg. pen. de leg. omne jus aut census fecit, aut necessitas constituit, aut firmavit consuetudo.*

(b) Papin. jus prætorium distinguit a jure civili, generis nomen ad eam speciem juris coarctans, quod constitutum est a populo, aut iis, qui vicem populi in constituendo gerunt: quale non est jus prætorium, quod juris illius civilis adjuvandi, supplendi, aut corrigendi potius, quam constituendi gratia est introductum. Hoc jus cum auctoritatem acciperet ab honore prætoris, ideo Magistratum honorarium dictum est, & annuum exemplo magistratus fuit. Portio hujus juris est jus ædilitium. *l. 7. ff. de just. & jur.* §. 7. *inst. d. tit.*

(c) De prudentum responsis vid. *l.* 2. §. *his legibus*, & §. *prim.* D. August. *de orig. jur*

(d) *l.* 1. §. *cum enim*, C. *de vet. jur. enuc.* desumpta autem sunt superiora omnia ex *d. l. 7. de just. & jur.* & §. 1. 3. 4. & deinceps *inst. de jur. nat. gent.*

(e) Hoc non ex Theophilo tantum, sed etiam ex *l.* 1. *de const. princ.* & §. 6. *inst. d. tit.* satis aperte intelligitur.

(f) *l. hac edictali*. *Cod. de sec. nupt.* Horum plerumque initium est, *Hac perpetuo valitura lege sancimus.*

(g) Exemplum in *l. 3. ff. de his, quæ in test. del.* alias decreta dicuntur magistratuum sententiæ pro tribunali pronunciatæ causa cognita. *l. 7. de conf. tut. l. 9. §. 1. de off. proc.*

(h) Sive ipsi litigatores præsentes libellum principi offerant, ut *in l. 19. ff. locat.* §. *pen.* sive magistratus in re obscura principem per literas consulat, ut *in l. 3. §. 1. & 2. de testib.*

fulenti respondet, vel aliquid postulanti indulget. Quatenus quid de jure consulenti respondet, id in (*i*) omnes, uti & superiora duo, valebit; sed quod postulanti alicui indultum est, hoc ejus (*k*) personam non egreditur. Tribus autem de causis accidit, ut rescriptum prorsus non valeat. Prima est, si libellus supplex, sive postulatio (†) mendax fuerit. Secunda, si contra jus, vel utilitatem publicam sit elicitum; nisi prosit petenti, nec (*l*) noceat adversario, vel nisi crimen remittatur. Tertia, si nec subscriptio principis, neque consul, neque dies in rescripto appareat. Jus non (*m*) scriptum, sive (*n*) consuetudo sunt diuturni mores, consensu utentis populi approbati. Itaque consuetudinem hanc, quæ vicem legis obtinet, duo faciunt: usus (*o*) populi, & longum tempus, quod (*p*) arbitrio judicis definiendum relinquimus.

CAPUT III.

De Libris Juris civilis, & de totius juris auctoritate.

Libri (*q*), quibus jus civile totum continetur, sunt quatuor: Institutiones, Pandectæ, sive Digesta, Codex, Novellæ. Institutiones sunt totius legitimæ scientiæ prima elementa. Pandectæ responsa veterum Jurisconsultorum. Codex constitutiones Imperatorias de omni parte juris continet. Novellæ dicuntur novæ Justiniani constitutiones, quæ sequutæ sunt Codicem repetitæ prælectionis. Ad libros (*r*) feudorum quod attinet, satis constat, eos juris illius Romani veteris partem non esse; sed tamen usus omnium fere nationum publicam iis auctoritatem dedit. Sciendum autem est, non quidquid hisce libris continetur, id continuo jus esse; sed tum demum si contraria voluntate constituentis non sit (*s*) mutatum. Tria hic quærenda: quæ jura mutari possint; qui mutare; tum quibus modis. Primum constat, jura naturalia, quæ apud omnes gentes peræque observantur, immutabilia esse, utpote ab (*t*) æterna quadam lege profecta. Civilia prout cujusque populi utilitas postulaverit, mutari libere, & abrogari possunt. Secundo potestas mutandi penes (*u*) eos, quibus est constituendi jus: Hi duo: populus nullius imperio parens; Princeps, sive is, qui vice populi fungitur. Postremo mutatio hæc contingit aut alia lege lata, aut tacito consensu populi, id est desuetudine (*x*).

CAPUT IV.

De legum, & juris interpretatione.

Sed etsi id, quod semel scriptum est, postea mutatum non erit, non tamen statim id, quod scriptum est, pro jure certo, & constituto habendum. Lex omnis (*y*) duabus his rebus constat; verbis, & sententia. Verba legis

(*i*) *l.* 3. §. *divus, de sepulc. viol. l. humanum, l. ult. C. de legib.*

(*k*) *l.* 1. *de const. princ.* privilegium passim vocatur, & jus singulare. *l.* 16. *de legib.* quia in eo propter personæ alicujus rationem a jure communi receditur. *l.* 3. *de const. princ.* Inspici potest Merula noster *lib.* 1. *Synops. cap.* 2.

(†) Voluntas principis aliquid concedentis tacitam illam conditionem semper habet: si preces veritate nitantur. *l.* 7. C. *de div. rescr.* Inde fit, ut si principi obreptum sit, celata scilicet veritate, vel subreptum, expresso mendacio, rescripti fructu carere impetrans debeat. *l.* 2. 3. 4. C. *de prec. off. add. l.* 2. *l. rescriptas c. eod. l. pen. c. si cont. jus, vel ut. pub. l. si quis, c. de div. rescr.* unde more nostro, sicut & Galliæ, jus est, Curiæ hujusmodi codicillos inspiciendi, probandique, aut repudiandi: nec ante vim ullam habent, quam ei rei Curia fundus, & auctor facta sit. *eerst bij, den, Hove geinterineert zijn*, Merul. *lib.* 2. *cap.* 20. Rarissime autem, nec nisi ex summa gratia absolute conceditur.

(*l*) Quod hactenus tamen recipitur, si moratoria tantum præscriptio debitori permittatur, qua exactio differatur ad tempus, spatio ad solvendum debitori dato. *l.* 2. *c. de prec. off. Brieven van respijt of atterminatie*, quo casu idonea cautio a debitore præstanda. *l. universa, c. eod.*

(*m*) Non quod scribi non possit, sed quo necesse non sit. Utique tamen utile est, hoc jus in scripturam redigere, ut litibus, & sumptibus probationum occurratur, teste Ant. Fab. *ad l.* 36. *de l.*

(*n*) *Costuimen*: nam statuta *oft keuren* sunt pars juris scripti. §. *sine scripto, inst. de jur. nat.* Consuetudo autem lex quædam tacita est, *l.* 32. *de leg.*

(*o*) Actuum igitur frequentia exigitur, non utique judicialium, cum per extrajudiciales non minus probari possit. Nam quod dicitur in *l.* 34. *ff. de leg.* apparet esse consilii, non necessitatis.

(*p*) Tralatitium est, quod lege definitum non invenitur, id tribui arbitrio judicis. *l.* 9. *C. de bon. auct. jud.* ubi Goth. & Cujac. *in parat.*

(*q*) His libris Justinianus totius juris civilis auctoritatem dedit, quod facere potuit pro ea potestate, quam Princeps habuit. *l.* 1. *de const. princ.*

(*r*) Primus Obertus de Orto, civis Mediolanensis, in rebus forensibus egregie versatus, non ut legislator, sed ut interpres descripsit, & compilavit consuetudines Feudorum. Floruit sub Friderico I. Barbarossa, qui Conrado III. successit circiter annum 1154. ut colligere est ex *cap.* 1. §. *in quibus, de consuet. Feud.* De origine Feudorum vid. Cont. & VVesemb. in *tract. de feud.* Cujac. *lib.* 8. *obs.* 14.

(*s*) Quod postremo populus jussit, id demum jus, ratumque est *l. ult. de const.* Liv. *lib.* 7.

(*t*) Ab incorrupta ratione naturali: jus, quod natum est cum hominibus non excogitatum, primævum inquam; tametsi enim secundarium difficilius tollitur, quam civile, multa tamen quæ eo jure constituta sunt, sublata videmus, ut servitutes, manumissiones §. *penult. inst. de jur. natur.* Sane vero etiam primævum illud temperari potest, sed non nisi ex justa causa *l.* 6. *ff. de justit. & jur.*

(*u*) L. 1. *pen. & ult. c. de legib.*

(*x*) Non solo non usu, sed usu contrario, indicante rebus ipsis, & factis contrariam populi voluntatem. *d.* §. *pen. & L.* 32. *de ll.* Consuetudinis igitur eadem vis est, quæ legis neque hoc negatur in *l.* 2. *Cod. quæ sit long. consuet.* sed hæc ejus sententia est: consuetudo rationi contraria non valet: neque inveterati moris tanta est auctoritas, ut lege postea lata abrogari non possit.

(*y*) *L. contra ff. de leg. l.* 6. *de verb. sign.*

gis sunt, quibus lex scripta est. Sententia legis est mens legislatoris, seu id, quod lex (z) sensit, & voluit. Hic illud certo tenendum; ubicumque verba a sententia discrepant, sententiam (a) solam esse sequendam. Sententia a verbis absona cognoscitur duobus modis; si aut (b) angustior sit ipsis verbis, aut latior. Angustior quadrifariam deprehenditur. Primum ejusdem legis exceptione, ubi generalius aliquod (c) exceptio præcedens, aut consequens moderatur. Secundo ex ratione, qua lex utitur; nam hac cessante, placet legi non esse (d) locum. Tertio ex æquitate, cujus præcipuam esse rationem in omnibus rebus (e) placuit. Quarto, si quæ lex generalius scripta aliis legibus (f) species excipientibus temperatur. Latior sententia ipsis verbis triplici ratione agnoscitur; aut ex (g) contrario, cum in re contraria contrarium ejus, quod constituit, lex velle intelligitur; aut ex (h) consequentia, cum lex id vetat, quod positis quibusdam sequitur; aut ex interpretatione, cum ad consequentias proceditur in iis, in quibus eadem (i) ratio est; modo ne quid contra (k) rationem juris communis introductum sit. Ad similes (l) casus lex producitur, aut interpretatione privati in ratione aperta; aut Principis constitutione in ratione obscura. Verum hæc ita se habent, cum manifestum est, sententiam legis a verbis diffidere; ceterum in re dubia melius est (m) servire verbis legis. Sed quid si oratio ipsa obscura sit, & in hac incerta legis sententia? Obscuritas hæc aut est in ambiguitate singulorum verborum, aut in orationis constructione, ubi duæ sententiæ efficiantur, aut in incertitudine rerum, aut personarum. Huc igitur omnes regulæ juris, quæ de interpretatione traduntur, accommodandæ. In primis (n) antecedentia, & sequentia spectanda: proxime quod sine (o) vitio dicitur: tertio ad consuetudinem (p), & leges (q) priores (r) eundum: postremo in dubiis (s) benigniora præferenda.

CAPUT V.

Juri parendum: non parentibus quæ pœna.

UBi tenemus, quid pro jure habendum sit, tum ut ei obtemperemus multa efficiunt. Invitos cogit auctoritas constituentium: ut sponte velimus, hæc tria hortantur, rei dignitas, & (t) præstantia, auctorum (u) sapientia, & doctrina, postremo populi (x) consensus. Quæ omnia cum jus civile Romanorum sibi vindicet, magna causa est, cur ei (y) parere debeamus. Quid autem si non (z) paretur? Pœnæ nimirum variæ non obedientibus constitutæ. Si prudentes quid contra legem contraxerint, gesserint, egerint, hæc omnia aut ipso (a) jure pro non factis habentur: aut si ipso jure valeant, ut ex his detur actio, ea tamen per (b) exceptionem infirmatur. Si quis deliquerit, pœnæ pro qualitate delicti constitutæ, quæ ex unaquaque specie delicti peti debent. At quid si ignorantia quid ho-

(z) L. 30. 32. *ff. & l. non dubium*, C. *eod.* Celsus vim, & potestatem legis appellat *l. scire*, *ff. eod.*

(a) D. *l. scire*, *l. pen. ad exhib.* Hac de re eleganter disputat Cic. *pro Cæcin.* & alibi.

(b) Vulgo restrictiva, & extensiva interpretatio.

(c) Ut in *l. si tibi* 20. *ff. de reb. credit.* & passim alibi.

(d) L. *quod dictum*, 32. *ff. de pact.* exempla, ut & sequentium, a diligenti lectore facile observari possunt.

(e) L. *in omnibus*, 90. *de R. J. l. placuit*, C. *de judic.* Benignius autem leges interpretandæ, ad voluntatem legislatoris conservandam, non ad evertendam *l. benignius*, *ff. de ll.* junct. *l. prospexit*, 12. *qui*, *& a quib. man.*

(f) L. *in toto*, 80. *de R. J. l.* 26. *& seqq. de legib.*

(g) Exempl. in *l.* 1. *vers. hujus ff. de off. ei, cui mand. est jurisd.* sic cum lex in præteritum quid indulget, in futurum vetat. *l.* 22. *de ll.*

(h) *d. l. non dubium*, C. *de legib.* quo pertinet regula Juris Pontificii. C. *cum quid una*, *de reg. jur. in 6.*

(i) L. *non possunt*, 12. *& seqq. de ll.* exempla passim obvia: nonnulla etiam peti possunt ex *orat. pro Cæcin.*

(k) L. *quod vero*, 14. *& seq. ff. eod.*

(l) D. *l. non possunt*, *& seq. l.* 1. *c. eod.*

(m) L. 1. §. *licet*, 20. *ff. de exerc. act.* nec enim aliter a significatione verborum recedere oportet, quam cum manifestum est, aliud sensisse scriptorem *l.* 69. *de leg.* 3.

(o) Quoties idem sermo duas sententias exprimit, ea accipienda significatio est, quæ vitio caret. *l.* 19. *ff. eod. l.* 67. *de R. J.*

(p) Optima legum interpres consuetudo. *l.* 37. *ff. eod.* est enim tacita quædam conventio ejus civitatis, quæ legem tulit. *l.* 35. *eod.*

(q) Non est novum ut priores leges ad posteriores trahantur. Hoc enim legibus inesse credi oportet; ut ad eas quoque res pertineant, quæ quandoque similes erunt. *l.* 26. *& seq. eod.*

(r) L. *semper in dubiis*, 56. *l. rapienda*, 168. *ff. de reg. jur.*

(s) Hæc vis est, & potestas juris civilis. *l.* 2. *circa fin. ff de leg.*

(t) Quæ quanta sit, sciri potest ex præceptis juris, & definitione justitiæ.

(u) Qui quantum præstiterint cæteris gentibus, & maxime græcis, tum facile intelligetur, si cum illorum Lycurgo, Dracone, Solone Romanæ leges conferantur, ut dicebat Crassus apud Cic. 1. *de Orat.*

(x) Est enim lex communis reip. sponsio. *l.* 1. 2. *de legib.*

(y) Sane primis illis naturæ, & rectæ rationis præceptis, ad quam fere omnia a nostris exiguntur, obtemperandum esse constat; ceterum quod attinet ad jus proprium civitatis Ro. hoc ab aliis contemni potest, si quid melius in suis institutis, & reip. suæ convenientius habeant.

(z) Legi non paret non is solum, qui facit, quod lex prohibet; sed & is, qui salvis verbis sententiam legis circumvenit: quod qui facit, is fraudem legi facere dicitur. *l.* 29. *& seq. ff. eod.*

(a) L. *non dubium*, C. *de legib.*

(b) Qood accidit, quando lex actionem valere patitur, contenta dare exceptionem, ut in SC. Vellejano, & Macedoniano.

horum commissum sit? Ignorantia (*c*) duplex, facti, aut juris. Ignorantia facti est, cum ea facta ignorantur, ex quibus jus oritur. Ignorantia juris est, cum facta sciuntur, sed jus de iis constitutum ignoratur. Facti ignorantia, nisi supina sit, & (*d*) crassa, nemini (*e*) nocet, neque in damnis, neque in lucris. Juris ignorantia nemini prodest. Sed hoc non est perpetuum. Ad delicta quod attinet, ad deprecationem (*f*) pœnæ nemini patrocinatur, nisi (*g*) infantiæ proximis, & furiosis. Sed si solius (*h*) juris civilis ignorantia quid commissum fuerit, hic præterea iis fere succurri solet, quibus jus ignorare permissum, ut (*i*) feminis, minoribus. In contractibus de lucro ita statuimus; in adventitio lucro (*k*) nemini juris ignorantiam auxiliari (*l*), exceptis minoribus, & (*m*) militibus. In damnis refert utrum res jam amissa sit, an quis in amissionem vocetur ejus rei, quam facto suo nondum jure amisit. In damnis rei amissæ neminem juris ignorantia adjuvat (*n*). Exceptæ hic, præter superiores, personæ duæ; mulier, rusticus. In damnis rei amittendæ (*o*) nemini prorsus juris ignorantia nocet.

CAPUT VI.

Quis finis juris. Quid justitia. Quæ juris præcepta. Quid jurisprudentia.

Alterum partitionis superioris membrum superest, ut quid jure illo contineatur, & præcipiatur, despiciamus. Id ex fine juris æstimandum. Finis juris hic, ut (*p*) suum cuique tribuatur. Hunc finem ostendunt tum (*q*) definitio justitiæ, tum præcepta juris. Justitia est constans, & perpetua (*r*) voluntas jus suum cuique tribuendi. Præcepta juris sunt: honeste vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere. Primum continet omnem speciem virtutis, & honestatis; justitiam, prudentiam, temperantiam, fortitudinem; sed justitiam principaliter, reliquas virtutes per (*s*) consequentiam, quatenus nimirum eo spectant, ut juste vivatur. Id indicant duæ sequentes (*t*) clausulæ; quarum prior ad personam, posterior ad res cujusque pertinet, utraque eo, ut suum quisque obtineat. Horum præceptorum cognitio, seu ars hanc cognitionem continens dicitur jurisprudentia; eaque a veteribus definita est, (*u*) divinarum, atque humanarum rerum notitia, (*x*) justi, atque injusti scientia.

JURIS-

(*c*) Utriusque erroris exempla petantur ex *l.* 1. *ff. de jur. & fact. ign. l.* 9. *C. ad l. Falcid.*

(*d*) Quæ excusationem non meretur. *l.* 6. *&* 9. *fi.* 2. *d. tit. de jur. & fact. ign.*

(*e*) *L.* 8. *& seq. eod.* quibus in locis simul agitur de ignorantia juris.

(*f*) *L. impunitas*, 7. *C. de pœn.*

(*g*) *L.* 5. §. *& ideo*, *ff. ad l. Aquil. l. infans*, *ad l. Cor. de sic*, *l. pen. in fin. de l. Pomp. de parr.*

(*h*) Non eadem est ratio juris gentium, quod naturali ratione omnibus est insitum; eoque hujus ignorantia veniam non meretur.

(*i*) *L. si adulterium*, 38. §. 2. *ad l. Jul. de adult. l.* 3. *c. de his, qui sib. adscr.*

(*k*) Ne feminis quidem. *d. lib.* 8. *de jur. & fact. ignor.*

(*l*) *L. quamvis*, *c. eod. l.* 9. §. *filiusfam. ff. eod.*

(*m*) In militibus juris ignorantia generaliter excusatur propter simplicitatem armatæ militiæ. *l.* 1. *C. de jur. delib.*

(*n*) *d. l.* 9. *&* 10. *eod. l.* 2. *in fin. de jur. fisc. l.* 1. *in fin. de edend.*

(*o*) *d. l. error.* 8. Juris error efficere non potest, ut rem meam amittere debeam, quam nondum amisi. *l.* 8. *& seq. C. eod.*

(*p*) In 12. Tabul. Salus populi suprema lex dictur; sed enim hoc ipsum justitiam, & æquitatem, haud secus ac umbra corpus sequitur, ut recte Matthæus. 1. *de via jur.* 9.

(*q*) Utrumque est in *l.* 22. *ff. & in princ. &* §. 3. *inst. de just. & jur.*

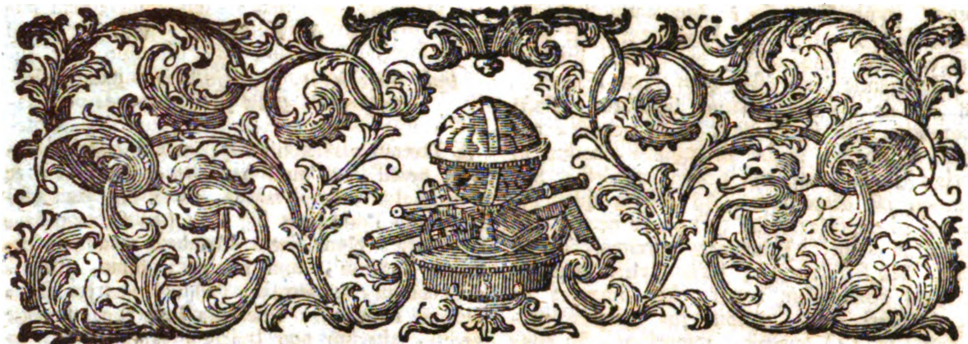
(*r*) Justitia virtus est, adeoque habitus animi voluntarius. Arist. 5. *ethic.* Est igitur hic metonymia effecti pro causa; idque fortassis est ad communem captum accommodatius, quam si proprium genus positum esset, quippe cum unaquæque virtus præcipue spectetur in effectu suo.

(*s*) Honestas omnis, quæ jure præcipitur, ad justitiam, tamquam ad summum finem referenda est. Si igitur aliquando ut prudenter, aut fortiter, aut temperanter quid fiat, legibus cavetur, ut in *l. leges sacratiss. C. de legib. l. pen. C. de jur. & fact. ign. l.* 5. 6. *ff. de re milit. l. semper*, *de rit. nupt. & legibus de adulteriis.* Omnia hæc eo spectant, ut juste vivatur; nemo lædatur, suum cuique tribuatur; unde & justitia sola hic docetur, sola definitur, reliquæ virtutes non item.

(*t*) Id Cic. docet 1. *offic.* his verbis: *Justitia primum munus est, ut ne cui quis noceat: deinde ut communibus utatur pro communibus, privatis ut suis.*

(*u*) Officium hoc necessario huic arti propositum, ut quærat de rebus divinis, & humanis, nempe ad hoc, ut quæ sunt Dei, Deo, quæ hominum, hominibus tribuantur.

(*x*) A Celso in *l.* 1. *ff. de just. & jur.* definitur ars æqui, & boni; quæ definitio re ipsa eadem est cum hac Ulpiani; bonum enim illud, & æquum versatur vel circa res divinas, vel humanas. Definitio hæc est in *l.* 10. *ff. & in* §. 1. *inst. de just. & jur.*



JURISPRUDENTIÆ CONTRACTÆ,

SIVE

PARTITIONUM JURIS CIVILIS.

LIBER PRIMUS.

CAPUT PRIMUM.

De jure divino, & publico.

ADITUM ad cognitionem juris civilis patefecimus. Interiora deinceps recludamus, ut adytis ejus omnibus ordine perlustratis, ad finem illum, quem ingressu prospeximus, sensim perveniamus. Hic viam nobis sternit hæc bipartiva divisio. Primum, ut norimus, quid sit suum cujusque, ut id ei tribuatur. Secundo, qua ratione id, quod cujusque est, si sponte non præstetur, ab invitis obtinere liceat. Hoc veteres sentiunt, cum dicunt (a), jus omne, quo utimur, vel ad personas pertinere, vel ad res, vel ad actiones; cujus divisionis duo priora membra ad juris nostri cognitionem, tertium ad ejus obtinendi rationem pertinet. Sed hujus rei non in omni jure eadem ratio.

Jus aut (b) divinum est, aut humanum. Jus divinum est, quod de rebus ad Deum pertinentibus tractat, & Deo, quæ sunt Dei, tribuit. Dei quædam sunt proprietate, & dominio, alia Deo debentur. Proprietate, & dominio Dei sunt (c) universa. Sed hoc non eo spectat, ut quid horum (d) Deo tribuamus, quo fine cujusque privati proprium quid esse dicimus; sed ut discamus (e) omnia, quæ ad præsentem vitam pertinent, ab eo solo petere, cujus est ea largiri, eique, a quo illa accepimus, honorem habere, & gratiam. Debentur Deo item (f) omnia: at non omnia præstanda. Præstanda duntaxat quæ (g) exigit: Ea sunt duo; vera Dei (h) cognitio; cogniti dilectio, & cultus. Cognitio in eo, ut certi simus de ipsius potentia, sapientia, justitia, bonitate, & misericordia. Dilectio, ut eum amemus ex toto corde, ex tota anima, ex tota cogitatione, & ex omnibus viribus nostris. Cultus positus in pura nominis ejus invocatione, gratiarum actione, legitimo usu Sacramentorum. Legis hujus violatæ pœna

a Deo

(a) Cajus *l.* 1. *ff. de stat. hom.* § *ult. i st. de jur. nat. gent. & civ.* quo etiam pertinet illa Ulpiani partitio in *l. ult. ff. de legib. Totum jus consistit aut in acquirendo, aut in conservando, aut in minuendo.*

(b) Hæc distinctio ore filii Dei confirmata est Matthæi 22.

(c) Deuteron. 10. *vers.* 14. *Psalm.* 24. *in pr.* item 115 *vers.* 15.

(d) Quippe qui *autarkes* nihil indigeat eorum, quæ ipse filius hominum utenda, fruenda dedit. *Psalm.* 50. *vers.* 19. *& d. Psalm.* 115.

(e) *Matth.* 6. *Luc.* 12. *d. Psalm.* 50.

(f) Si nosmetipsos spectamus pro immensis ejus beneficiis, quæ tam cumulate gratuito in nos confert.

(g) Cætera, ut omnes *ethelotreskia*, Deo exosa, qui obsequium requirit, non sacrificium. 1. *Samuel.* 15.

(h) Cognitio præcipitur *Joann.* 17. 3. Dilectio. *Deut.* 6. *Matth.* 22. Cultus in genere *Deut.* 6. & 10. *Matth.* 4. Invocatio iisdem, & aliis innumeris locis. Gratiarum actio *Deut.* 8. *Psalm.* 50. Usus Sacramentorum, Baptismi quidem *Matth.* 28. Cœnæ *Luc.* 22. Hæc omnia in cultu Dei, si ad finem suum referantur. Finis d. mandati est, teste Apost. 1. *ad Timoth.* 1. *Caritas ex puro corde, & conscientia bona, & fide non simulata.*

a Deo æternum exitium; a Magistratu justa coercitio contemptus Dei, & (*i*) blasphemiarum. Cæterum vera divini juris cognitio non aliunde, quam e sacris Scripturis petenda.

Jus humanum aut publicum est, aut privatum. Publicum est, quod ad (*k*) statum reip. spectat. Rerum juris publici genera duo; primum earum, quæ propter se publice habentur, & sine quibus respub. nec constitui potest; alterum earum, quæ propter aliud reip. comparantur. Generis prioris species duæ. Prima (*l*) sobolis legitimæ procreatio. De hac cura publica duplex; & ut (*m*) præmio ad matrimonia homines invitentur; & ut nuptiæ (*n*) legitimæ sint, atque honestæ. Altera species, loca (*o*) publica, ea nimirum, quorum quidem proprietas ad remp. pertinet, usus vero privatorum commodis deservit; ut sunt insulæ, areæ, agri, viæ, itinera publica: quinimmo & sacra publica sunt, usu tamen (*p*) sacro, non profano. Sed utrumque hoc genuus ita publici juris est, ut etiam privatam utilitatem ex parte contineat, de quo suo loco in explicatione juris privati uberius disseremus. Alterum genus est earum rerum, quæ non propter se ad remp. pertinent, sed publicorum incommodorum, & malorum avertendorum, causa comparatæ sunt. Incommoda aut a Deo, aut ab hominibus. A Deo ira, inde civitatum eversiones. Ad hanc placandam jura sacrorum, & Sacerdotum comparata; apud Christianos (*q*) jejunia, & publicæ preces. Ab hominibus duplex detrimentum; externum, internum, sive domesticum. Externum ab hoste publico, cujus rei gratia jus (*r*) militare inventum. Internum triplex; ex maleficiis, ex civium inter se controversiis, ex miserabilium personarum neglectu. Maleficia in primis coercenda, cum ad vigorem publicæ disciplinæ supplicia (*ſ*) pertineat. Ad lites sopiendas inventa (*t*) usucapio, & judicia, quæ hac parte ad jus publicum omnino referenda. Miserabilium quoque personarum ratio habenda; ut sunt pupilli, adolescentes, prodigi, furiosi, mente capti, inopes, valetudinarii, surdi, muti, cæci. Hinc tutela, & cura, munera publica; hinc (*u*) nosocomia, prochotrophia, orphanotrophia, & similia loca in omnibus bene ordinatis civitatibus constituta. Ad hæc omnia administranda duo necessaria; defensores, item res, quas ea defensio exigit. Defensores sunt (*x*) magistratus, & præfecti, quibus reip. cura in aliqua parte commissa est. Res ad defensionem eam pertinentes aut sunt propriæ civitatis, aut ei debentur. Civitatis proprius est fiscus; sic appellatur pecunia publica ad publicos sumptus faciendos comparata. Debentur reipub. a civibus duo, opera, & pecunia; opera in honoribus gerendis, muneribus obeundis: pecunia, ut cives vectigalia, & tributa solvant, & siquæ sunt aliæ pensitationes publicæ (*y*).

CAPUT II.

De Jure privato.

HÆc obiter de jure publico. Nunc in jus (*z*) privatum, cujus solius tractationem suscepimus, considerationem intendamus. Jus (*a*) privatum est, quod ad singulorum utilitatem pertinet, & cuique privato, quod suum est, tribuit. In hoc jure via illa duplex superior calcanda. Prima (*b*) qua ad istius cognitionem itur; altera, qua cognitum illud ab invitis obtineatur. Quod cujusque est, id

---

(*i*) Juxta Nov. *ut luxur. hom.* 77. §. 1. De pœna blasphemiæ. Vid. Clar. *lib.* 5. §. *blasphemia*. Damhod. *cap.* 6. *prax. crimin. num.* 10. Pet. Greg. 33. *Syntag.* 12. Deus ipse blasphemos vult lapidari. *Lev.* 24.

(*k*) *L.* 1. §. 2. *ff. ult. inst. de just. & jur.* Hoc jus ita ad salutem totius civitatis pertinet, ut ex eodem fonte etiam privatorum salus derivetur.

(*l*) Quod Pomp. significat in *l.* 1. *ff. sol. matr.* & aperte testatur Horat. *in arte poet.*

(*m*) Ut factum est *legibus Juliis de marit. ordinib.* Huc pertinet immunitas a pœnis cælibatus, jus trium liberorum de quo multa scite Duar. *l.* 2. *disp.* 40. excusatio a muneribus publicis *in pr. inst. de excus.* Adi indicem legum Rom. Hot.

(*n*) De quibus *inst. ff.* & C. *in tit. qui ad jura nupt. pertinent*. Hæc cura vel idcirco maxima esse debet, quia ipsius vertitur existimatio civitatis, cujus interest, incesta, & propudiosa sobole non repleri.

(*o*) *L.* 2. *in pr. &* §. 1. *&* §. *merito*, *ff. ne quid in loc. pub.*

(*p*) Unde quod in loco sacro positum est, sive id officiat publico usui, sive non, tollendum est propter religionem. *d. l.* 2. §. *si quis*.

(*q*) Cujus rei illustre exemplum Niniritarum extat apud Jonam Prophetam.

(*r*) De hoc jure tit. est *in ff. de re milit.* relatus inter ea, quæ sunt juris publ.

(*ſ*) *l. locatio*, 9. §. *quod illicite*, 5. *ff. de publ.*

(*t*) *l. ult. ff. pro suo*, *l.* 1. *de usuc.* Cicero finem sollicitudinis, & periculi litium vocat *pro Cæcin.*

(*u*) *tit. de Episc. & cleric. in Cod. & l. ult.* C. *de SS. Eccles.*

(*x*) Vid. Cic. 3. *de legib.* Hinc in magistratibus jus publicum consistere dicitur in *l.* 1. §. 2. *ff. de just. & jur.* De jurisdictione magistratuum dicendum erit inter judicia.

(*y*) De jure fisci, de munerib. & honorib. de vectigalib. & public. pensitationibus tractatur in *ff. l.* 49. *&* 50. *& in Cod. trib. posteriorib.*

(*z*) In hoc jure maximam juris civilis partem consistere arguit numerus librorum, quos occupavit; & ob hanc fortasse causam Cic. *lib.* 1. *de orat.* ex solius privati juris peritia jurisconsultum definivit.

(*a*) *l.* 1. §. 2. *ff. &* §. *ult. inst. de just. & jur.* Per consequentiam etiam ad reip. utilitatem refertur. §. *sed hoc inst. de his, qui sui, vel al.*

(*b*) Hunc ordinem natura ipsa suggerit; prius enim nosse oportet, quid sit nostrum, quam ut de eo obtinendo laboremus. Illud sine hoc intelligi potest, hoc sine illo non item.

id duplex; aut (c) proprium ejus; aut quod ei ab aliis (d) debetur. Ratio docendi hæc nobis ineunda, ut ad notitiam juris cujusque remedia (e) obtinendi ejus adjungamus. Et generaliter in omni parte juris hunc naturæ ductum ex veterum præscripto sequemur, ut initio ab ortu juris cujusque facto, progrediamur ad effecta, ac tandem in occasum ejus, atque interitum desinamus. Quod proprium cujusque est, id consistit aut in (f) persona ejus, aut in rebus extra personam positis. In persona sunt ea, quæ personæ cujusque tributa sunt; ut vita, incolumitas corporis, libertas, existimatio. Quid sit vita, quid incolumitas corporis satis notum. Libertas est, ea facere, quæ velis. Existimatio (g) est illæsæ dignitatis status, legibus, moribus comprobatus. Vitam cujusque esse maxime propriam constat; unde adversus eos, qui hanc adimunt, pœnæ gravissimæ legibus (h) constitutæ. Sed & tria reliqua non minus a natura cuique tributa esse, ex remediis ad ea tuenda jure proditis intelligere licet. Læditur incolumitas corporis pulsatione, vulneribus; impeditur libertas, cum quis ea facere prohibetur, quæ cuique jure publico conceduntur. Illic prodita gravis injuriarum (i) actio, civilis, & criminalis; hic variæ actiones juris nostri persequendi gratia comparatæ, & præter has etiam (k) illa injuriarum. Violatur existimatio conviciis, famosis libellis. Hic præcipue constituta est eadem injuriarum (l) actio; de qua fusius suo loco.

CAPUT III.

De Statu, & jure personarum; ac primum De liberis, & servis.

Sed hæc ita cujusque propria, nisi jure vel minuantur, vel adimantur in totum. Id pro conditione personæ cujusque varie, & sæpe contingit. Hinc orta summa illa personarum (m) divisio, ut alii sint liberi, alii servi. Liberi sunt, in quibus est (n) libertas. Libertas est naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet, nisi si quid (o) vi, aut (p) jure prohibeatur. Servus est, qui servitute tenetur. Servitus est (q) constitutio juris gentium, qua quis contra (r) naturam dominio alieno subjicitur. Servi fiunt aut jure gentium, aut jure civili. Jure gentium, captivitate, origine. Capti ab hostibus statim servi fiunt; origine, qui ex ancilis nostris nascuntur. Jure civili, distractione, damnatione, in servitutem revocatione. Distractione, qui major 20. annis ad pretium (s) participandum se venumdari passus est. Damnatione, si liberi in (t) metallum damnantur, aut bestiis subjiciuntur. Revocantur in servitutem a patrono liberti ob (u) causas ingratitudinis legibus expressas. Effecta hæc; ut liberis superiorum rerum quatuor plenum jus obtineant, nisi quod in quibusdam aliquatenus imminuitur; servis eorum pene nihil relinquatur. Primum vita ipsa servorum in dominorum est potestate, in tantum, ut jus vitæ, & necis dominis in servos jure (x) gentium competat: sed hoc ad justam mo-

(c) Dominium puta, aut jus aliquod in rem, ut emphytheusis, servitutes prædiis jam impositæ, & acquisitæ.

(d) Quod quidem proprie nostrum nondum est: sed effectu juris perinde habetur, ac si nostrum esset *l.* 15. *de reg. jur.* unde non tantum a nostris, sed ab omnibus probatis auctoribus nostrum dicitur. *l.* 1. *quod cert. loc. l.* 7. *de cess. bon.* Cic. *pro Cæcin.* & alibi sæpe, add. Hot. 3. *obs.* 17.

(e) Jus sc. & facultatem persequendi quæ juris nostri, & bonorum pars est. *l.* 49. *ff. de verb. sign.* non ipsam persecutionem, & judicium, quod a reb. nostris est separatum.

(f) Hinc illa præcepta; alterum non lædere, quod ad personam, suum cuique tribuere, quod ad res cujusque refertur.

(g) Definitio est Callistr. *in l. pen. ff. de extraord. cogn.*

(h) *Pompeja de parricid. Cornelia de sicariis, & veneficis.*

(i) §. & 10. *inst. de injur. l.* 5. *ff. eod.*

(k) *l.* 13: §. *ult.* §. *eod. l.* 2. § *si quis in mari, ff. ne quid in loc. publ. l.* 25. *de act. emp.*

(l) De qua præcipue agitur in *inst. ff. & sub tit. de injuriis, & famosis libellis.*

(m) Habetur hæc divisio, & quæ sequuntur in *l.* 3. & 4. *ff. de stat. hom.* in *inst. tit. de jur. pers. & tit. quib. mod. jus pat. solv.* §. *pœnæ*, & §. 1. *de cap. dim.* Divisio hæc apud nos usum non habet, qui servos non agnoscimus.

(n) A libertate enim liberi dicuntur. §. 1. *inst. de jur. pers.* effectum a causa, concretum ab abstracto.

(o) Vis factum impedire potest; libertatem, quæ non ex facto, sed ex faciendi facultate æstimatur, non potest. Exemplo sit homo liber vinctus, *l. cum hæres,* 23. §. 2. *ff. de acq. poss.*

(p) Non eo minus quis liber est, quod pœnarum comminatione prohibeatur ea facere, quæ a publica honestate abhorrent. Præclare Cic. *in Cluentiana, Legum idcirco omnes servi sumus, ut liberi esse possimus.*

(q) Id est, res jure gentium constituta, causa pro effectu; nam verbalia in id nonnunquam rem factam significant, ut cum thesaurus dicitur depositio *l.* 31. §. 1. *de acq. rer. dom.* obligatio fidejussoris accessio. §. 5. *inst. de fidejuss.* Hæreditas successio. *l.* 62. *ff. de reg. jur.*

(r) Id est, primævam illam conditionem, qua homines a natura conditi sunt: neque enim hoc hominum mentibus natura ingeneravit, alii liberi ut essent, alii servirent.

(s) Modo id vere participaverit, & venditus sit ignoranti conditionem venditi: postremo si ignoravit conditionem suam *l.* 2. *quib. ad lib. procr. L. librum, de lib. caus. l.* 2. *si lib. ingress. dic.* sicut bene observavit Accurs. *ad* §. 4. *inst. de jur. pers.*

(t) Servi pœnæ dicuntur. §. 3. *inst. quib. mod. jus pat. pot. solv.* Justinianus nullum ab initio bene natum ex supplicio permittit fieri servum. *Nov. de nupt. cap.* 8. Hinc si quæratur quo jure esse debeant qui in perpetuum ad triremes damnantur, respondendum est, eos deportatorum jure censeri oportere.

(u) *l. ult. C. de lib. & eor. lib.* causæ expressæ in *l. alimenta, ff. de agn. lib. l.* 2. *C. eod. tit.*

(x) *l.* 1. *ff. de his, qui sui, vel al. jur.* §. 1. *inst. eod.*

moderationem (y) jus civile revocavit, ut ne liceat ſervum ſuum occidere, niſi ob cauſas legibus cognitas. Secundo incolumitas corporis tota in dominorum poſita arbitrio; niſi ſi quid (z) aſperius conſtituant. Tertio in ſervis libertas (a) nulla. Poſtremo (b) exiſtimationis quoque nulla ratio in ſervis habetur.

Ex liberis quoque quibuſdam libertas imminuitur. Hinc illa liberorum diviſio (c); ut ſint aut ingenui, aut libertini. Ingenui quidam natura, quidem jure pro ingenuis habentur. Natura (d) ingenui ſunt, qui liberi nati nunquam poſtea ſervitutem ſervierunt. Jure pro ingenuo quis habetur, aut jurejurando, ſi deferente patrono juravit, ſe libertum non eſſe; aut ſententia judicis, cum quis colluſione nulla interveniente ingenuus pronunciatus (e) eſt; aut beneficio Principis, & fortaſſe (f) aliis quibuſdam modis. Beneficium principis (g) duplex. jus aureorum annulorum, item natalium reſtitutio. Jure aureorum annulorum donatus (h), quantum ad patronum pro libero adhuc, erga ceteros omnes pro ingenuo habetur. Natalibus reſtitutus (i) omnia ingenuitatis munia conſequitur. At novo (k) jure omnes manumiſſi etiam citra impetrationem jus aureorum annulorum conſequuntur ex ipſa manumiſſione; ſalvo tamen jure patronatus.

Libertini (l) ſunt qui ex juſta ſervitute manumiſſi ſunt. Duæ igitur res libertum faciunt; juſta ſervitus præcedens, & ſequuta manumiſſio. Per juſtam ſervitutem intelligimus veram, & legitimam, non nudum ſervitutis (m) obſequium. Manumiſſio eſt de manu miſſio, id eſt, datio libertatis. Manumittuntur ſervi aut invitis, aut volentibus dominis. Invito domino quinque (n) modis. Primum pro merito aliquo, & præmio libertas a Præſide dari poteſt. Secundo, qui ea conditione venditus eſt, ut manumittatur, ipſo jure fit liber. Tertio, ſi contra conditionem ancilla vendita ab emptore, aut recepta a venditore proſtituta ſit. Quarto ſi ſuis nummis emptus eſt. Poſtremo, quem dominus ob gravem infirmitatem pro derelicto habuit. Volens quivis ſervum ſuum manumittere poteſt; ſed hic cauto opus. Igitur tria hæc ſpectentur; perſona manumittentis, perſona manumiſſi, manumittendi modus. In perſona manumittentis hæc: primum ne facto ſuo jus alterius lædat. Hinc ſervus pignori ſpecialiter obligatus pœnæ addictus, hæreditarius ſub conditione legatus pendente conditione manumiſſionem non (o) recipiunt: ut & (p) irrita omnis manumiſſio in fraudem creditorum facta. Secundo minor 20. annis cauſa apud conſilium non approbata; item minor 18. annis teſtamento manumittere non (q) poſſunt. In perſona manumiſſi, ne venditus ſit ea lege, ut (r) exportaretur, aut ne unquam (ſ) manumitteretur; ne (t) teſtamento, aut a (u) Magiſtratu ob delictum prohibitus manumitti; & in univerſum, ne ideo manumittatur, ut (x) quæſtioni ſubtrahatur. Modus manumittendi (y) varius; nam & voluntate aperta proce-

(y) Ex conſtitutione Antonini, quæ extat. *dictis locis*.

(z) Quævis coercitio permittitur, dum abſit a lethali vulnere, aut intolerabili ſævitia. *d. ii. 2. l. ult. C. de emend. ſerv.*

(a) Sive de acquirendo agatur, ſive de uſu rerum, ſive de actionibus tum publicis, tum civilibus. *l. quod attinet, ff. de R. J.*

(b) *ſi. ſervis, inſt. de injur.* quo loco ſervis injuriam poſſe fieri negatur; quæ utique fieret, ſi exiſtimationis eorum ulla ratio haberetur.

(c) *§. ult. inſt. de jur. perſ. l. 5. de ſtat. hom.* Libertas eſt naturale quid, & poſitivum, quod diſtinctionem facile admittit: ſervitus eſt privatio libertatis, quæ cum per ſe ſit non ens, diſtinctionem recipere non poteſt, cum non entis nullæ ſpecies eſſe poſſint. Ariſtot. *de part.* 1. 3. Plutarch. *de prim. frig.* Plane muneribus, & procurationibus ſervi inter ſe differunt, de quibus cognoſcite ex *lexic.* Hot.

(d) *d. l. 5. de ſtat. hom. tot. tit. Inſt. de ingen.* Mercer. 1. *opin.* 8. putat definitionem non eſſe univerſalem, cum is, qui in ventre eſt, teſtamento manumiſſus, liber naſcatur, & tamen libertinus ſit. *l.* 14. *C. de fid. libert.* in quo mihi labi videtur, cum non naſcatur liber, ſed eodem momento, quo naſcitur, liber fiat, &, ut loquitur conſtitutio, ad libertatem perveniat.

(e) *l. ingenuum, 25. de ſtat. hom. l. 1. & tot. tit. de coll. deteg.*

(f) Quos omnes pleniſſime mihi perſecutus videtur Merc. *d. loco*.

(g) De utroque beneficio extant Tit. *disjuncti*. in ff. *conjuncti*, in C.

(h) *l. ſed ſi, 10. §. 3. ff. de in jus voc. l. pen. de jur. aur. annul.* De hoc jure vid. Cujac. 7. *obſ.* 14.

(i) *d. l. ſed ſi, §. 3. l. 2. & ult. ff. de nat. reſt.*

(k) *Novel. ut lib. de cet.* 78. *§. 1. auth. ſed hodie, C. de jur. aur. annul.* Idem Juſtinian. conſtituitur, ut allectio in clerum conſenſu domini facta e ſervo faceret ingenuum. No. *de ſanct. Epiſc. §. ſi ſervus.*

(l) *d. l. 5. de ſtat. hom. Inſt. de libert. in pr.* Homines apud nos libertini nulli, quia nec ſervi. Aliis tamen qualitatibus differunt, nempe quod alii ſunt nobiles, qui certis prærogativis, & immunitatibus gaudent, alii plebeii.

(m) Nec obſequium ſervitutis ſervum facit, nec manumiſſio libertinum. *l. 2. C. de ingen. man. §. ult. Inſt. de ingen.*

(n) Qui legib. ſeqq. continentur. *l. 1. & tot. tit. C. quib. ex ca. ſer. pro præm. li. ac. 2. l. 1. 3. 4. ff. quib. ſin. man. & tot. tit. C. ſi manc. it. alien. 3. l. imperator. ff. qui ſin. man. & tot. tit. C. ſi manc. it. ven. ne proſt. 4. l. 4. de manum. 5. l. 2. ff. qui ſint man. ad lib. perv.*

(o) *l. 4. l. pignori, ff. qui, & a quib. l. 1. 2. 3. C. de ſerv. pignor. dat. man. l. 8. de man. l. generaliter, §. ult. qui, & a quib.* In his prohibendæ manumiſſionis una cauſa eſt, læſio juris alieni.

(p) Lege Ælia Sentia impediente libertatem. *inſt. qui, & ex quib. ca.* Excipitur unus caſus, de quo in §. 1. *d. Tit.*

(q) *§. eadem, & §. ult. Inſt. eod.* Juſtin. Nov. 119. *c.* 2. permiſit puberibus eo tempore in teſtamento manumittere, quo & teſtari eis conceditur.

(r) *l. 4. §. in illis, ff. de man. teſt. tit. C. ſi ſer. ex port. ven.*

(ſ) *d. l. 4. §. in illis, l. ea quidem, C. ſi manc. ita fu. al.*

(t) *dd. legib. & l. 2. C. qui non poſſ. ad lib. perv.*

(u) *l. ſervus, 9. ff. de manum. l. ille, §. 1. qui & a quib.*

(x) *l. qui pœnæ, 8. §. 1. & 2. de man. l. proſpexit, qui, & a quib.*

(y) *§. 1. & 2. Inſt. de libert. l. 1. & 2. de his qui in eccl.*

procedit manumissio, & facto aliquo, ex quo voluntas intelligatur. Aperta voluntate; vindicta, testamento, epistola inter amicos, in ecclesiis. Facto, ut si quis servum suum (z) adoptarit, aut apud acta filium suum nominaverit, & si qui † casus similes, unde voluntas deprehendatur.

Libertorum libertas imminuitur (a) tribus in rebus; obsequio, operis, successione. Obsequium (b) est honor, & reverentia patrono a liberto debita. Hoc in faciendo, & non faciendo. In faciendo tria. Primum, ut in omni dicto, & facto libertus erga patronum se (c) reverenter habeat. Secundo, quæ cives civilibus pro munere publico debent, ea postulanti patrono libertus præstet; ut (d) tutelam, curam. Tertio, ut libertus dives patronum (e) egentem alat. Posteriora duo negata notam ingratitudinis adferunt. In non faciendo quatuor: Primum ne vitæ patroni insidietur, neu manus violentas ei adferat. Secundum, ne famam, & existimationem ejus lædat, sive conviciis injuriam ei faciat. Pœna hic in servitutem (f) revocatio. Tertium, ne patronum sine (g) venia in jus vocet. Quartum ne (h) actionem famosam adversus patronum instituat. Operæ, est † diuturnum officium. Hæ neque semper debentur patrono, neque omnis (i) libertus debet, neque debentur (k) omnibus patronis. Debentur operæ, si aut stipulatio, aut jusjurandum, aut alia (l) conventio in manumissione interposita de iis præstandis intervenerit. Operæ sunt artificiales, aut officiales. Artificiales sunt certi generis artificii; puta fabriles, pictoriæ, nec patrono debentur, ut (m) patrono, sed ut cuivis extraneo, & ad hæredes transeunt. Officiales sunt, quæ debentur patrono, ut (n) patrono, pro commoditate ejus, & usu, nec debentur, nisi indictæ. Successio (o) etiam liberti, cui suus hæres nec sit, debetur patrono, qui etiam ad contra tabulas bonorum possessionem a prætore vocatur, quoties non est hæres pro debita portione a liberto, qui liberos non habeat, institutus.

CAPUT IV.

De his, qui sui, vel alieni juris sunt; tum de patria potestate.

In ingenui libertas non omnino illibata: at imminutio, neque tanta, neque omnium, neque unius modi. Ingenui (p) aut sunt sui juris, aut alieno juri subjecti. His annumerabimus & libertos extra patronum. Alieno juri subjecti, qui in potestate (q) parentum masculorum. Hæc potestas quibus modis constituatur; quis constitutæ effectus; postremo quomodo finiatur, videndum. Constituitur, sive acquiritur quatuor (r) modis; justis nuptiis; originis paternæ confirmatione, adoptione; amissa item liberorum delicto, & ingratitudine recuperatur. Justæ (s) nuptiæ sunt, quas vir, & mulier secundum præcepta legum contrahunt. Præcepta hæc spectantur partim in personis coeuntium, partim extra eas. In personis contrahentium requiruntur duo; conditio personæ; consensus. In conditione personæ (t) quatuor spectanda; status, ætas nubilis, sanguinis conjunctio, affinitas. Statu oportet cives Ro. sint. Ætate mas annorum 14. femina 12. Conjunctione sanguinis in recta linea inter parentes, & liberos in infinitum prohibitæ nuptiæ. Ex latere

(z) §. *ult. Inst. de adopt. l. unic.* §. *similique modo*, C. *de lib. toll.*

† Ut si dominus homini libero ancillam suam in matrimonium collocaverit, & dotem pro ea dederit. *d. l. un.* C. *de lat. lib. toll.* ubi & alii modi recensentur.

(a) Quæ remanserunt etiam post latinam, & dedititiam libertatem sublatam §. *Libertinorum Inst. de libert. l. un.* C. *de lat. lib. toll. l. un.* C. *de ded. lib. tol.* adeoque post ingenuitatem omnibus manumissis concessam *No. ut lt. de cet.* 78.

(b) *l. 2. l. licet, in fin. de obs. a lib.*

(c) *l. libero*, ff. *d. tit.* si secus se gerat, patrono levis coercitio permittitur. *l. prætor.* §. 2. *de injur.* & præterea magistratui, si res postulat justa castigatio, juxta *l. 1.* ff. *de jur. patron.*

(d) *l. ingratus*, ff. *de oper. lib. l. pen. & ult.* C. *de lib. & eorum lib.*

(e) *l. si quis*, 5. §. *solent. & seq. & l. 6.* ff. *de agn. lib.*

(f) *l. 2.* C. *de lib. & eor. lib.* Aliquando a magistratu severius in eum animadvertitur. *l. 1. de jur. patr.*

(g) *l. 4.* ff. *de in jus voc.* pœna hic 50. aureor. quæ patrono læso cedit. *l. fen. eod. tit.*

(h) Aut exceptione utatur, quæ doli, fraudis, aut calumniæ mentionem habeat; licet ob id edicto non notetur patronus. *l. 1. de obs. patr. & par. præst.*

† Hoc est, quantum quisque interdiu operando efficere potest: *l. 1. de op. lib.*

(i) Vid. *l. 37. l. liberta* 35. ff. *eod. l. nec patronis* C. *eod.*

(k) Non iis, qui ex necessitate obligationis manumiserunt. *l. 13. & l. jurisjurandi*, §. *rescriptum*, ff. *eod.*

(l) *d. l. 37. l. operis*, 31. ff. *eod.*

(m) Nec enim in commodo personæ consistunt, sed in utilitate pecuniaria. *d. l. 6. l. 9.* §. 1. *eod.*

(n) *d. l. 9. l. 22. l. 24. eod.* proinde nec ad hæredem transeunt. *d. l. 6. & 9.* Ad liberos quidem patroni, si non sunt exhæredati, transeunt, sed non ut hæredes, verum ut liberos. *l. 29. eod.* De operis libertorum plene tractat Ant. Fab. 1. *Jurispr. 5. pr. 2. ill. 12. & multis seqq.*

(o) De successione libertorum titulus est dilucidus, & succinctus in *Inst. lib. 3,* fusior in ff. *de bon. lib.* unde antiquitatis studiosi plura petere possunt.

(p) *l. 1.* ff. *de his, qui sui, vel al. jur. in pr. Inst. eod.* aut patresf. sunt, aut filiifa. *l. 4. eod.*

(q) Cujus & Justinianus *dict. loc.* de potestate dominica inculcant insigni periergia, quam hic vitavimus.

(r) Modi constituendæ patriæ potestatis arguunt eam esse juris civilis, quod & diserte scriptum est in §. 2. *Inst. de pat. pot.* Distinguenda est autem hæc potestas a paterno imperio, quod naturæ lege omnes gentes sibi usurpant. Ant. Fab. *Juris*, 8. pr. 1. 1, Rhævard. *ad l. 12. Tab. 3.* Ceterum potestatis hujus pauca apud nos extant vestigia.

(s) *Inst. de nupt. in princ.* & §. 1. *de inst. de pat. potest.*

(t) Quæ omnia dilucide traduntur in *Inst. dict. loc.*

latare nec inter eos nuptiæ consistunt, qui parentum, vel liberorum loco sunt. Inter reliquos in (*x*) quartum gradum concessæ. Affinitate a nuptiis arcentur omnes, qui parentum, liberorumve locum obtinet. Ubi conditio personæ nuptias admittit, tum consensus contrahentium eas facit; ut tamen extra contrahentes accedat consensus eorum, quorum in potestate sunt. Ex his nuptiis conceptus, & natus, in patris, qui sui juris est, potestate erit; utique nisi manifestis indiciis convincatur ex eo natus non esse; cujusmodi (*y*) indicia sunt; absentia mariti per longum aliquod tempus, partus ante mensem septimum editus vitalis; valetudo viri infirma. Hæc strictim, quantum ad intelligendam causam hujus potestatis; ceterum de toto hoc jure plenius dicetur in loco de (*z*) contractibus.

Originis paternæ confirmatio est, qua liberi extra nuptias quæsiti, ex iis tamen, inter quos (*a*) connubium est, jure efficiantur legitimi, patrisque potestati subjiciantur. Id accidit (*b*) tribus modis; Curiæ oblatione, matrimonio postea contracto, rescripto Principis. Primum filius naturalis efficitur legitimus, patrisque potestati subjicitur, si eum pater curiæ (*c*) civitatis obtulerit, ut inter curiales recipiatur. Curiæ datorum hæc (*d*) conditio, ut perpetuo muneri curialia obeant; iis sine legitima prole defunctis, bona ad curiam redeant. Secundo legitimi fiunt liberi naturales nati ex muliere libera: quicum pater ante consuetudinem habuerat, si postea (*e*) matrimonium cum ea contraxerit. Tertio rescripto principali pater, & filii naturales justi fiunt, duabus hisce conditionibus; si nullos alios legitimos pater habeat, & si mater, vel mortua sit, vel se subducens matrimonii consummationem impediat (*f*).

CAPUT V.

De Adoptione.

Filiosfam. non solum natura; verum & (*g*) adoptiones faciunt. Adoptio est actus legitimus, quo eum, qui in nostra potestate non est, in locum filii, sive nepotis, aut deinceps adsciscimus. Adoptionis species duæ; (*h*) adoptio specialiter dicta, & adrogatio. Adoptantur ii, idque per Magistratum, qui (*i*) alieno juri subjecti sunt. Considerantur hic aut personæ, inter quas adoptio peragitur, aut solemnitas, & forma adoptionis. Personæ tres, dans in adoptionem, adoptatus, adoptans. Is in adoptionem dare potest, qui filium in (*k*) potestate habet. Adoptatus sic recte datus intelligitur, si & ipse consenserit; vel saltem si non (*l*) contradixerit: Adoptans ne sit is, qui in perpetuum (*m*) generare non potest, ut plena pubertate, nempe annis 18. adoptatum (*n*) præcedat; ne bis (*o*) adoptionem repetat; denique ut sit is, qui adoptatum in (*p*) potestate habere potest. In forma tria (*q*); ut peragatur apud competentem magistratum, penes quem legis est (*r*) actio, præsentibus iis, qui adoptionem desiderant; acta postremo interveniat. Effectus hic, ut si non sit extraneus adoptans, hoc est extra lineam (*ſ*) parentum,

(*x*) Consobrinorum nuptiæ etiam lege Mosaica permissæ. *Gen.* 29. & ad hunc usq. gradum se extendit prohibitio; *Levit.* 18.

(*y*) Primum, & tertium indicium est in *l.* 6. *de his, qui sui, vel al. jur.* secundum ex ratione *l. Septim.*, 12. *de stat. hom.* colligitur.

(*z*) *Lib.* 2. *cap.* 21. *de nupt. & sponsal.*

(*a*) §. *ult. inst. de nupt.* Arcentur ab hoc beneficio liberi nati ex interdicto legibus coitu, quos una cum patribus etiam appellatione naturalium indignos pronunciat Justinianus *Nov. quib. mod. nat. eff. leg. cap. ult.*

(*b*) Ex quibus duo posteriores modi apud nos etiam hodie in usu, primus exolevit.

(*c*) *d.* §. *ult. l.* 3. *in pr. & vers. pen.* C. *de nat. lib.* Curia in municipiis, & coloniis dicebatur, quæ Romæ senatus, & decuriones, qui senatores. *l.* 239. §. *decuriones, de V. S.*

(*d*) De qua passim in *tit.* C. *de decurion. & tit.* C. *quand. & quib. quart. par. lib.* 10. Munus autem hoc Curiale adeo fuisse onerosum scribit Briss. 4. *antiq.* 18. ut Christiani ab Ethnicis principibus pœnæ loco Curiis addicerentur; porro ignorandum non est, curialium appellatione etiam ipsos decuriones aliquando intelligi, *l.* 39. *l.* 47. *de decur. lib.* 10. *l.* 12. C. *de epis. & cler.*

(*e*) *l. cum quis*, C. *de natur. lib. d.* §. *ult. Inst. de nuptiis.*

(*f*) *Novel. quib. mod. natur. effic. sui.* 87. *c.* 9.

(*g*) *l.* 1. *ff. de adopt. Inst. eod. in pr.* Adoptionum apud nos usus nullus, aut certe nulla vis, talis, qualis olim apud Romanos fuit.

(*h*) *d. l.* 1. *& l.* 2. *ff. eod.* §. 1. *inst. eod.*

(*i*) *d.* §. 1. *& d. l.* 2. Hic notandum, non esse rarum in jure nostro, ut species, quæ proprio nomine destituitur, assumat nomen sui generis; nam ut hic nomen generis (adoptio) contrahitur ad speciem, sic aliis hæc nomina: cognatio, actio, injustum, ruptum, irritum. §. 1. *Inst. de leg. agn. Tut. l. actio* 28. *de obl. & act.* §. *alio, Inst. quib. mod. Inst. inf.*

(*k*) §. 2. *Institut. hoc titul.* etiamsi non natura, sed adoptione pater fit, §. *in plurimis, Instit. eodem.*

(*l*) *l.* 5. *ff. eod.* Hinc placuit etiam infantem dari posse, quia contradicere non potest. *l.* 42. *eod.*

(*m*) Hæc causa, & quæ proxime sequitur, ex imagine naturæ ducta est. Est enim adoptio naturæ quædam similitudo. §. 4. *&* 9. *Inst. eod. l.* 13. *ff. de lib. & post.* cujusmodi similitudines, & fictiones in iis tantummodo locum habent, quæ natura absque commento fieri possunt: qua de re in alia specie eleganter differit Comes 1. *resol.* c. 3. *num.* 3.

(*n*) *l.* 40. §. 1. *eod. & d.* §. 4. Raro fit, ut ante hanc ætatem liberi suscipiantur; leges autem ea, quæ ut plurimum accidunt, considerant. *l.* 3. *ff. de leg.*

(*o*) *l.* 37. §. *eod.* Potest tamen pater naturalis filium potestate liberatum adoptare *l.* 12. *eod.* sed hoc non est repetere adoptionem.

( ) Hoc civilem rationem habet, quia adoptio filios fam. facit. *l.* 1. *eod.*

(*q*) Quæ præscripta sunt *l. ult.* C. *de adopt.* sublato veteri ritu per æs, & libram.

(*r*) *l.* 1. C. *l.* 4. *ff. eod. l. &* 3. *ff. de off. proc.* De legis actionibus vid. *lexic.* Brissoni & Hotom.

(*ſ*) Quod a Justiniano primum constitutum est. *l. pen.* C. *eod.* §. 2. *Inst. eod.* Olim quævis adoptio jus patris naturalis extinguebat, novumque constituebat in familia adoptiva. *l.* 23. *ff. eod.*

tum, adoptatum in potestate habeat; adoptatus semper jura successionis ab intestato consequatur.

Adrogatio est, cum adoptatur is, qui (t) sui juris est, rescripto principis. Hic itidem & personæ, & forma spectantur. Personæ duæ; adrogandus, & adrogans. Adrogandus ne sit (u) libertus alienus, si pupillus, aut adolescens, tutor, aut curator (x) auctores fiant. Adrogare quis prohibetur non tantum ob eas causas, quæ adoptionem removent, sed etiam ob alias, quæ sunt propriæ adrogationis. Earum tres ordines. Primi ordinis hæ; ætas adrogatoris, liberi, delictum præcedens. Ætas adrogatoris, si minor sit (y) 60. annis, nisi conjunctam sibi personam adroget, aut valetudine præpeditus liberorum procreationi operam dare non possit. Liberi, si adrogator, vel unum (z) filium habeat, nisi (a) forte furiosum, aut ad generandum ineptum, aut vitæ flagitiosæ. Delictum, si pater adrogare velit filium, quem extra (b) nuptias suscepit. Secundus ordo pertinet ad tutores, & curatores, qui (c) prohibentur adrogare eos, quorum tutelam, aut curam gesserunt, quamdiu minores erunt 25. annis. Excepti hic (d) privigni, si a vitrico, qui tutelam, aut curam gessit, adrogentur. Tertii ordinis causæ, in adrogatione impuberum spectandæ, sunt (e) quatuor; conjunctio, mores, facultates, cautio. Conjunctio, ne quisquam pupillum adroget, nisi quem vel natura necessitudine, vel honesta, & pia ratio amore conjunxit. Mores, ut adrogator sit vitæ pudicæ, & sobriæ. Facultates, ne ditiorem adoptet (f) pauperior. Cautio, ut adrogator (g) satisdet; hoc est, caveat, fidejussoribus datis, si pupillus intra pubertatem decesserit, restituturum se bona illis, ad quos ea res pertinebit. In forma adrogationis (h) tria hæc occurrunt; decretum principis; consensus eorum, inter quos adrogatio peragetur; causæ cognitio apud idoneum magistratum. Effecta hæc; ut adrogatus (i) jura filii, successionem, agnationem, dignitatem adrogantis, in cujus (k) potestatem semper transit, lucretur; ut mortuo adrogato impubere, adrogator restituat omnia bona iis, ad quos citra adrogationem pervenisset: ut decedens eum non exheredet, vel vivus sine justa causa emancipet, nisi (l) quartam partem bonorum suorum ei relinquat, præter ea, quæ ad patrem adoptivum transtulit, & quorum commodum ei postea adquisivit.

CAPUT VI.

Ob ingratitudinem liberos in potestatem parentum revocari, & de effectu hujus potestatis.

ETiam damno libertatis multantur liberi, qui emancipati parentes suos vel (m) acerbitate convicii, vel cujuscumque atrocis injuriæ dolore pulsarunt; uno verbo, ingrati. Causæ ingratitudinis, acerbum convicium, atrox (n) injuria; pœna, emancipationis rescissio, & liberorum in veterem potestatem parentis revocatio. Rescinditur autem emancipatio non ipso jure, sed si pater apud magistratum instituta actione hoc postulaverit, & magistratus causa cognita filium, ut ingratum, & indignum emancipatione redire in potestatem parentis (o) jusserit. Potestatis hujus quæsitæ vim singulæ partes cuique tributæ ex quatuor illis propositis, nobis suppeditabunt. Primum, vitæ, necisque potestas, ut (p) olim, penes parentes non est. Incolumitas corporis tota in arbitrio parentum; dum ne quid nimis acerbe (q) in filios statuant. In liber-

(t) *l.* 2. *ff.* & §. 1. *Inst. hoc tit.*
(u) Ne injuria fiat patrono. *l.* 15. *in fin. ff. eod.*
(x) *l. quod nu.* 8. *ff. eod.*
(y) Hunc enim potius de liberis procreandis cogitare oportet, quam ex aliena familia in suam accerscere. *d. l.* 15. §. *in adrogationib. l. nec ei, ff. eod.*
(z) Ne aut eorum, quos ex justis nuptiis procreavit, deminuatur spes, quam unusquisque liberorum obsequio sibi parat, aut adoptatus minus percipiat, quam dignum est eum consequi. *d. l. nec ei*, §. *pen.*
(a) *d. l.* 15 *in fin.*
(b) Ne Injusta libidinum desideria adrogatio, aut Patrocinium ullum defendat. *lib.* 7. *Cod. de natur. lib.*
(c) Ne forte ideo adroget, ne rationes reddant. *d. l. nec ei, in pr.*
(d) *l.* 32. §. 1. *eod.* quia vinculum matrimonii cum matre contracti removet omnem fraudis suspicionem.
(e) Quæ ordine recensentur in *d. l. nec ei*, §. 1. & *seqq.*
(f) Ne sub obtentu copulandæ adoptionis, in facultates ejus irruat. *l.* 2. *C. eod.*
(g) *l. non aliter*, 18. & 2. *seqq. ff.* §. *cum autem*, *Inst. eod.*
(h) Primum est in *l.* 2. *ff.* & §. 1. *Inst. eod.* 2. *in l.*, *neque absens*, & *l. seq.* §. 1. *ff. eod.* 3. *in d. l.* 15. §. *in adrogationibus*, & *in l.* 2. & 3. *C. eod.*
(i) Quibus & illud consequens, si pupillus adrogatus est, ut & tutela finiatur, & substitutio pupillaris. *Inst. de tut. in pr.* §. *alio*, *Inst. quib. mod. test. inf.*
(k) *l.* 15. & 40. *eod.* *Paterfa.* inquit Papin. *dando se adrogandum, cum capite fortunas quoque suas in familiam, & domum alienam transfert. l. qui ex liberis*, §. *ult. secund. tab.*
(l) Quod inductum est constit. D. Pii. *l. Papinianus*, §. *si impubes*, *ff. de inoff.* add. d. §. *cum autem*, & *seq. inst.* & *l.* 2. 18. & *seqq. ff. hoc tit.*
(m) Verba sunt constitutionis, quæ extat *l. un.* C. *de ingr. lib.*
(n) Puta si liberi parentibus manus aut attulerint, aut intentarint.
(o) Sic enim fieret in causa liberti ingrati, qui in servitutem a patrono repeteretur. *l.* 1. *pen.* & *ult.* C. *de lib.* & *eor. lib.*
(p) *l. ult.* C. *de pat. potest.* §. 1. *in suis, ff. de lib. & posth.*
(q) *l.* 3. C. *de pat. potest.* Nam patria potestas in pietate debet, non in atrocitate consistere. *l.* 5. *de leg. Pomp. de parric.*

libertate hæc sunt; ut ne alii pareamus; simus ubi volumus; quæsitum nobis habeamus. At si filium omnem reverentiam, obedientiamque debere parentibus constat, ne omnia pro libidine agat. Porro ibi (r) morari, & habitare tenetur, ubi pater voluit. Quæcumque adquirit, patri cedunt, excepto (s) peculio castrensi, & quasi castrensi, & bonorum adventitiorum nuda proprietate. Sed nec existimationis filii apud patrem (t) ratio ulla, nisi quantum pater hic concedit. Omnia hæc fere cum servis communia. Verum jus civitatis, & libertatis in filio triplex, quod eum præcipue a servis discernit. Primum, quod non sit in dominio, sed in potestate patris; ideoque nec (u) mancipi. Secundo, quod filius extra patrem omnia (x) gerere, contrahere possit, perinde ac si paterfam. esset. Tertio, quod jus publicum a filiofamil. susceptum non sequitur jus patris (y).

CAPUT VIII.

Quibus modis jus patriæ potestatis solvitur.

SOlutio (z) hujus potestatis aut a patre est, aut a filio. A patre tribus modis; morte, damnatione, † emancipatione. Mortuo patre liberi, qui in ejus potestate sunt (a) sui juris fiunt. At avo mortuo non aliter nepotes sui juris efficiuntur, quam si pater eorum quo tempore avus moritur, aut jam mortuus est, aut de sui patris potestate exiit. Mortui similis est (b) damnatio, qua parenti vel libertas, vel civitas adimitur. In emancipatione duo exigimus; consensum patris, & filii, item solemnitatem. Invitus (c) nemo filium emancipare cogitur; nisi adrogator interdum impuberem, aut (d) adolescentem adrogatum; parens is, qui contra pietatem (e) asperius filium habuerit, aut qui (f) leno pudicitiam filiæ prostituat; is quoque, qui legatum hac (g) conditione, ut filios emanciparet, relictum agnovit. Nemo item (h) invitus emancipatur, quia sæpe magis expedit in potestate manere propter jura suorum hæredum, & ut magis expediat emancipari; beneficium tamen invito non datur. A filio liberatio hæc contingit, aut damnatione, aut dignitate. Damnatione, ut si in metallum sit damnatus, deportatus in insulam, aut qua alia ratione libertatem, aut civitatem (i) amiserit. Consequens idem omnino in eo, qui captus est ab hostibus, uti in parente, nisi lex (k) Cornelia, & jus postliminii impedirent. Dignitate liberantur hac potestate (l) patricii, episcopi, & nonnulli alii. In solemnitate hæc duo; aut rescripto principis emancipetur absens, aut præsens apud magistratum (m).

Liberatio hæc per se & perpetua est, & extrinsecus quædam adfert. Nemo semel vinculo hujus potestatis exutus (n), invitus ad eam redire cogitur, nisi per (o) ingratitudinem; vel si pater damnatus in integrum a principe (p) restitutus sit. Sublata potestate omnia patri adimuntur, quæ potestas hæc illi tribuebat. Soli emancipatori datur hæc

duo

(r) Si filius recuset, paratum patri interdictum de *lib. exhib.* itemq. *duc. l.* 1. & 3. *in pr. ff. de lib. exh.* paratum & præjudicium, si se filium esse negabit. *l.* 1. *ff. de rei vind.* §. *præjudiciales, Inst. de act.*

(s) §. 1. *Inst. per quas pers. nob. acq.* Apud nos longe a jure civili recessum, ut alibi indicabitur.

(t) Impune enim offenditur a patre conviciis, & Pulsatione, vel quod nulla hic injuria est, vel quod, si qua est, nulla lis inter patrem, & filium esse potest. *l.* 4. *ff. de judic.*

(u) *l. sed Celsus, ff. de cont. empt.* Uno casu venditio filii permissa, si pater nimia egestate coactus, victus causa eum vendiderit. *l. ult. C. de pat. qui fil. vend.* quo casu tamen libertas filio non eripitur.

(x) *l.* 39. *de oblig. & act. l.* 57. *de judic.*

(y) *l.* 9. *de his, qui sui, vel al. jur.* quod eo pertinet, ut in publicis locis, atque munerib. patrum jura cum filiorum, qui in magistratu sunt, potestatibus collata, interquiescere paululum, & connivere debeant; non ut patrum jura statim solvantur. Vid. Agell. *lib.* 2. *cap.* 3.

(z) Moribus apud nos receptum est, ut etiam nuptiæ filii, item ætas 25. annor. per se quod reliquum apud nos est potestatis patriæ solvant.

† Cujus usus apud nos nullus, sicuti accepi a viris consuetudinis, morisq. nostri peritis.

(a) *Inst. quib. mod. jus pat. potest. solv. in pr.*

(b) §. 1. & 3. *Inst. d. tit. l.* 17. *ff. de pœn.*

(c) *l. non potest.* 31. *de adopt.* §. *ult. Inst. d. tit.*

(d) Si nimirum in adrogatione sit circumventus, quo casu restitutionem postulare ex edicto potest. *l.* 3. §. *si quis, ff. de min.* Impubes etiamsi circumscriptus non sit, auditur, si pubes factus emancipari desideret. *l.* 32. & *seq. de adopt.*

(e) *l. ult. ff. si a par. man.*

(f) *l. si lenones, C. de Episc. aud. l. ul. C. de spectac. & scen. lib.* 11.

(g) *l. si cui,* 92. *ff. de cond. & dem.*

(h) *Nov. quib. mod. nat. eff. sui,* §. *generaliter,* add. *l.* 2. *ff. de his, qui sui, vel al. jur. l. invito,* 69. *ff. de R. J.*

(i) *d.* §. 1. & 3. *Inst. quib. mod. pat. pot. solv.* Nam cum hæc potestas propria sit civium Rom. sequitur, nec eum, qui civis sit, non civem, nec qui civis non sit, civem Romanum in potestate habere posse. §. 2. *Inst. de pat. potestate.*

(k) Lex Cornelia, ejus, qui captus apud hostes mortuus est, actiones perinde ratas habet, ac si eo momento, quo captus est, animam exhalasset. Postliminium omnem captivitatis memoriam ita extinguit, ac si semper in civitate mansisset. *l. lege, ff. qui test. fac.* §. *ult. Inst. eod.* §. *si ab hostib. Inst. h. t. l.* 5. 12. 19. *ff. de capt. & postl.*

(l) §. 4. *Inst. eod. l. ult. C. de consul. l.* 12. *Nov.* 81.

(m) *l. jubemus, & l. ult. c. de emanc. lib.* sublata antiqua emancipationis fabula, de qua in *d. l. ult.* & §. 5. *præterea, Inst. hoc titulo.*

(n) *l. ult. ff. de his, qui sui, vel al. jur.*

(o) De qua dictum est *cap. superiore.*

(p) Restitutio duplex; generalis, sive communis, & specialis, sive plena: illa stricte accipitur, ut pœnæ tantum gratiam faciat, & reditum in patriam concedat. Hæc & dignitatem, & fortunas, & jus patriæ potestatis continet; si nimirum concepta sit in infinitum: Restituo te in integrum. l. 2. 4. 5. C. *de sent. pass. l.* 1. 3. & 9. C. *eod.*

duo (*q*) retentio dimidiæ partis ex usufructu bonorum adventitiorum filii, quem ante totum habebat, item ad exemplum patroni, si non sit institutus, contra tabulas testamenti filii bonorum possessio. Filius quæcumque beneficio hujus potestatis obtinebat, ea fere omnia amittit. Et quidem finita patris adoptivi potestate, nullum ex pristino (*r*) vestigium retinetur, præter jus illud successionis patri emancipatori exemplo patroni datum, & quod filio impuberi absque justa causa emancipato tributum esse supra diximus in bonis patris adrogatoris. At potestate patris naturalis soluta, jura sanguinis nihilominus retinentur, & filii emancipati non secus ac ceteri liberi, qui in potestate remanserunt, ad successionem parentum suorum vocantur. (*s*)

CAPUT VIII.

De conditione eorum, qui sunt sui juris. De Tutelis.

Restat alterum genus hominum, in quo sunt ii, qui sui juris esse dicuntur, & horum quibusdam libertas (*t*) imminuitur. Imminutio † a rectoribus tum bonorum, tum morum. Rectores bonorum duo, tutores, & curatores. Eorum, qui mores moderantur, par numerus, seniores propinqui, magistri. Senioribus (*u*) propinquis emendatio permittitur minorum, sed quæ intra juris patrii metam contineatur. Magistro docenti levis (*x*) castigatio in discipulos concessa. Ceteri, qui alienæ administrationi, aut emendationi obnoxii (*y*) non sunt, pleno jure liberi habentur. Sed de tutoribus, & curatoribus amplius cognoscendum.

Tutela (*z*) est vis, ac potestas in (*a*) capite libero, ad (*b*) tuendum eum, qui per (*c*) ætatem se ipse defendere nequit, jure civili data, ac permissa (*d*). Eam, qui obtinent, tutores vocantur. Tria hic quærenda; de quibus personis tutela constet: quomodo deferatur; latæ, & susceptæ quæ vis, ac potestas. Personæ, quibus tutela constat, duæ; is, qui in tutela est; tum is, qui eam obtinet. In eo, qui in tutela sit, hæc tria concurrere debent; ut sit ætate impubes, conditione personæ civis Romanus; postremo sui juris; uno verbo (*e*), pupillus. In tutore, ut tutelam obtineat, duo desiderantur; ut recte cœperit in eo tutela, & cœpta perseveret. Ut recte cœperit, tribus in rebus positum; ut persona, cui defertur, sit idonea; ut ei deferatur quibus modis oportet; ut delatam suscipiat. Tutores esse possunt omnes, qui non impediuntur. Impedimentum vel a natura, vel a jure. Natura impediuntur qui vel ob (*f*) ætatem, vel morbum (*g*) animi, aut (*h*) corporis tutelæ officio recte fungi non possunt. Jure prohibentur servi (*i*) deportati (*k*) feminæ (*l*), miles (*m*), creditor, debitorve pupilli. Ex feminis exceptæ (*n*) mater, & avia, duabus hisce conditionibus, si inter gesta secundis nuptiis, & SC. Vellejani auxilio renunciaverint, ac tum ne debito quidem, aut credito impediuntur, quominus filiorum, aut nepotum suorum tutelam gerant. Præter hos reliqui omnes, sive patresfam. sint, sive filiif. (*o*) ad tute-

---

(*q*) §. *hoc quoque Inst. per quas pers. cuiq. acq. l. cum autem*, C. *de bon. quæ lib leg.* 1. *in pr.* ff. *si a par. man.* Proinde legendus *tit. Inst. de succesf. lib.* Hoc tamen inter patronum, & emancipatorem intereft, quod a patrono solo operæ imponi possunt. *l. pen. de obs.* & quod jus successionis etiam liberis Patroni tribuitur. *l.* 1. §. *pen. si a par. man.* Denique nec actio Fabiana locum habet, si ab emancipato quid fuerit alienatum. *l.* 2. *d. tit.*

(*r*) *l. in omni*, 13. *de adopt.* §. *adoptivi, Inst. de exh. lib. l.* 6. *de senator.*

(*s*) Vocantur enim a Prætore ad bonorum possessionem, quæ effectu juris nihil, aut parum differt ab hæreditate §. 3. *Inst. de exh. lib.* §. 9. *Inst. de hæredit. quæ ab intest.* Jure Authentico etiam hæredes sunt. *Novell.* 118.

(*t*) Quo pertinet divisio Justiniani in *princ. Inst. de tutel.*

† Hæc imminutio neque tanta est, ut qui eam pati cogantur, idcirco dici debeant non esse sui juris, & exitu ipso non tam ad imminutionem, quam ad amplificationem pertinet.

(*u*) *l. un.* C. *de emend. propinq. lib.* 9.

(*x*) *l.* 5. §. *ult. & l. seq.* ff. *ad leg. Aquil.*

(*y*) Qui superioribus cognitis, ignorari non possunt ex vi, & natura contrariorum.

(*z*) Definitio est Servii. *lib.* 1. ff. *de tutel.* §. 1. *Instit. eod.*

(*a*) Hæc verba ad Tutorem, an pupillum referas parum refert.

(*b*) Potestas patria, & dominica, patris, & domini causa, ad quos fructus ejus redit, comparata est. Hæc pupillorum gratia constituta: hæc personæ curandæ, & tuendæ; illa etiam potestatis in personam exercendæ. Ex quo intelligitur, quatenus recipiendum, quod Ant. Fab. identidem inculcat. Tutorum potestatem nihil aliud esse, quam productionem quamdam, & continuationem potestatis patriæ.

(*c*) Quæ adjectio pupillos distinguit ab iis, qui rebus suis superesse non possunt ob alias causas, *de quib. postea.*

(*d*) Datur iis, qui jure ipso ad tutelam locantur. *l.* 5. *de leg. tut.* permittitur ea, quæ prius data est, aut testamento. §. 3. *Inst. eod.* aut a magistratu. *in princ. Inst. de Att. tut.*

(*e*) *l.* 239. ff. *de V. S.* idq. ex ea distributionum serie facile colligi potest, quam hactenus sequutus sum.

(*f*) Ut minores 25. annis *l. ult.* C. *de leg. tut.* §. *item major. Inst. de excus.*

(*g*) Furiosi, dementes *l.* 11. ff. *eod.* §. 2. *Inst. qui test. tut.* His & prodigi annumerantur *l.* 6. *de verb. obl.*

(*h*) Ut sunt muti, & surdi *l.* 2. §. 2. & 3. ff. *eod.* luminibus capti. *arg. l.* 3. C. *qui dar. tut.*

(*i*) Servi, & deportati ideo, quia e numero civium Rom. tolluntur *l.* 22. *de test. tut. l.* 27. §. 1. *de pœn.*

(*k*) Quia tutela munus masculorum est *l. ult.* ff. *eod.* & ultra sexum fœminæ infirmitatis officium *l.* 1. C. *quand. mul. tut. l.* 2. *de R. J.*

(*l*) §. 24. *Inst. de excus. l.* 4. C. *qui dar. tut.*

(*m*) Quod jure veteri prohibitum non fuit, *l.* 5. 9. §. 1. *de adm. tut. l.* 8. C. *qui dar. tut.* sed a Just. primum constitutum *auth. minoris*, C. *d. tit.*

(*n*) *Auth. matrim. & aviæ* C. *quand. mul. tut. off. & auth. ad hæc. eod.*

(*o*) Tutela enim munus publicum est, in quo filiusfam. non sequitur jus Patris. *l. pen. de his, qui sui vel al. jur.*

tutelam admittuntur. Defertur tutela tribus modis; testamento, lege, a magistratu. Hinc illa tripartita tutelæ, tutorumque divisio: ut alii dicantur testamentarii, alii legitimi, alii peculiari verbo dativi. De quibus singulis separatim.

CAPUT IX.

Genera tutelæ exposita. De testamentaria tutela.

Testamentaria tutela est, quæ testamento legitime delata est. Duo hic consideranda; potestas dandi, & voluntas. In potestate dandi insunt hæc quatuor; persona dantis, ejus, cui datur, tutoris dati, & forma dandi. Ad primum, & secundum quod attinet, solis (p) parentibus permittitur liberis (q) impuberibus, quos in potestate habent, sine discrimine sexus, aut gradus, testamento tutores dare, ut tamen avus nepotibus suis non aliter det, quam si post mortem ejus in potestatem (r) patris sui non recasuri. In tutore dato exigitur, ut sit (s) idoneus. Removentur igitur omnes, quos aut natura, aut jure impediri supra diximus, ita tamen, ut si ejusmodi persona sit, cujus conditio (t) mutari possit, sub conditione recte detur, cum sublato impedimento idoneus factus fuerit. In forma, & modo sunt hæc; ut testamento, aut (u) codicillis testamento confirmatis detur; ut detur (x) personæ, non certæ rei; pure detur, an sub conditione, ad certum tempus, vel ex certo tempore (y) nihil interest. Voluntatis quæstio fere duplex; una est, qua quæritur, qui liberi appellatione filiorum, liberorum, posthumorum continentur, ubi hæ definitiones tenendæ. 1. Pronunciationem sermonis in sexu (z) masculino ad utrumque sexum porrigi. 2. Si pater filiis suis tutorem dederit, tam filiis posthumis †, quam jam natis, non item (a) nepotibus dedisse videri. 3. Si liberos (b) dixerit, etiam nepotes, ceterosque, qui ex his descendunt, complecti voluisse. 4. Appellatione posthumorum tam filios posthumos, quam nepotes, & deinceps (c) inferiores contineri. In altera quæritur, si non idoneus pure datus fuerit, an datio ex mente testatoris valere debeat, quasi sub conditione datus sit, cum idoneus esse cœperit; & placuit (d) valere. In servo proprio tutore simpliciter dato hoc amplius observatur, ut statim tutor & director (e) ex testamento liber fiat.

Testamentariis tutoribus (f) similes sunt qui inutiliter testamento, aut codicillis dati a Prætore confirmantur. Ubi hæc excutienda: qui, a quo, & quomodo confirmentur: postremo confirmationis quis effectus. Si quid deest, aut in dando a patre quid prætermissum est (g) eorum, quæ in forma, & potestate dandi desiderantur, datio ipso jure non valet, sed a prætore confirmari solet. Sed & si mater (h) filio, patronus (i) liberto, aut quivis extraneus impuberi, hæredibus institutis, & extra ea nihil in bonis habentibus tutorem dederit, idem juris esse placuit. Potestas confirmandi penes eos magistratus duntaxat, qui jurisdictioni (k) præsunt. Modus confirmandi alius in iis, qui a patre non recte dati sunt, alius in iis, qui a ceteris. A patre non rite dati sine (l) inquisitione, ceteri non nisi decreto (m) ex inquisitione confirmantur. Effectus hic, ut quemadmodum ex defuncti judicio (n) confirmandi sunt, ita legitimis, & dativis præferantur, & satisdatio eis remittatur.

CA-

(p) Permissum *Inst. de tut. l. 1. ff. hoc tit.*

(q) Non inst. tant. sed etiam exhær. *l. 4. ff. eod.*

(r) Puta si pater, aut mortuus est, aut per emancipationem exiit de potestate patris sui. *d. l. 1. §. ult. eod.*

(s) Nam quod Paulus ait in *l. 21.* eos dari posse, cum quibus testamenti factio est, non sic est accipiendum quasi omnes possint, sed soli.

(t) Qualis est minor, furiosus, servus. *§. furiosus, Inst. qui test. tut. dar. poss. lib. 11. ff. de Tut. l. 10. ff. hoc Tit.*

(u) *l. 3. eod.* Hæreditate nondum adita alius tutor a magistratu interim datur *d. l. 10. eod. §. 1. Inst. de Attil. tut.*

(x) *l. 12. 13. 14. ff. & §. 4. inst. hoc tit.* Universo tamen patrimonio alicujus loci recte datur. *l. 15. eod.*

(y) *§. 3. Inst. l. 8. §. 1. & 2. ff. eod.* quod sumptum ex verbis *leg. 12. tab.* uti legassit, &c.

(z) *l. 16. ff. eod. l. 1. & l. pronuntiatio, 195. ff. de verb. signif.*

† *§. ult. Inst. l. 5. eod.* Qui in utero est, pro jam nato in commodis habetur *l. 7. & pen. de stat. hom.*

(a) *l. 6. ff. & de §. ult. eod.* Ceterum ubi manifesta est mens loquentis, puta si quis nepotes tantum habeat, filiis mortuis, aut emancipatis, aut si nepotes soli impuberes sint, *arg. l. 12. ff. de reb. dub.* aut si qua evidens utilitas nepotis id suadeat, filii nomine etiam nepotem comprehendemus *l. 201. & 220. de verb. sign.* Pet. Fab. 3. *sem.* 24.

(b) *d. l. 6. & d. §. ult. Inst. eod. d. l. 220. de verb. sign.*

(c) *dd. ll.* Omnes, qui post mortem testatoris nascuntur, quocumque gradu sunt, recte posthumi appellantur.

(d) *l. 10. §. si furiosus, ff. & §. 2. Inst. eod.*

(e) *§. 1. Inst. l. 32. §. 2. ff. eod.* Nec ratio obscura; nam qui servum suum tutorem esse vult, is simul eum liberum esse tacite jubet, cum illud sine hoc velle non possit; tametsi hoc displiceat Cujac. ad §. 1. Vid. Ant. Fab. 6. *con.* 16.

(f) *l. 3. ff. de conf. Tut.* At enim qui confirmat, dare videtur *l. 130. de verb. sign.* id recte dicitur ubi confirmatio pendet a voluntate confirmantis; hic autem defuncti voluntatem necessario sequitur.

(g) Quæ omnia fere complexus est Modest. in *l. 1. & 3. d. tit.*

(h) *l. 2. eod.* pater filio naturali, ubi ad confirmationem inquisitione opus. *l. 7. eod.*

(i) *l. 4. eodem l. qui tutelam, §. ult. de test. tut.*

(k) Qualis fuit prætor Romæ, in provinciis præsides. *§. ult. Inst. de tut. l. 2. 6. hoc tit.*

(l) *d. l. 6. & l. 3. eod. l. 2. C. eod.* etiamsi emancipato dederit *d. §. ult. Inst. de tut.* Tantum amori, & judicio patris tributum.

(m) Ratio est, quia in matre minus est judicii, licet secundum Menandrum amantior sit liberorum, quam pater. In ceteris non eadem affectio. *Cujac. in parat. C. eod.*

(n) *l. 23. intr. ff. de excus.* perinde ac si ex testamento tutores essent. *l. 4. hoc tit. l. 28. in fin. de test. tut.*

CAPUT X.

De legitimis datoribus, itemque dativis.

TEstamentariam tutelam excipit (o) legitima. Ea est, quæ lege defertur iis fere, qui ad legitimam (p) hæreditatem defuncto impubere vocarentur. Species hujus tutelæ quatuor. Prima est patronorum, ex mente, & ratione legis 12. Tabul. introducta, quod cui spem successionis, eidem & provinciam tutelæ reliquisse videatur. Ad exemplum illius recepta est altera parentum qui liberos suos impuberes emancipaverunt. Tertia proprio nomine fiduciaria appellatur, & patre emancipatore, eodemque legitimo tutore mortuo, liberis ejus defertur. Quarta est agnatorum, quos propalam, & nominatim lex 12. Tab. tutores esse jussit; uti & ab intestato ad hæreditatem eosdem vocavit. Agnati sunt (q) cognati per virilis sexus cognationem conjuncti, capite non minuti. Capitis (r) diminutio est prioris (ſ) status mutatio; ea in maximam, mediam, & minimam divisa est. Maxima est, cum libertas; media, cum civitas; minima, cum familia amittitur. Sed jure (t) Authentico nemo per familiæ mutationem aut ab emolumento successionis removetur, aut oneri tutelæ eximitur. Interdum alibi est hæreditas, alibi tutela, nimirum si qui ad hæreditatem vocantur, per se non sunt (u) idonei. Prius enim conditione personæ tutores esse posse convenit, quam de tutela eis deferenda quæratur.

Ut testamentariam tutelam sequitur legitima, ita ea plerumque præcedit dativam. Dixi plerumque, quia duobus (x) temporibus datio præcedit; uno, si testamento datus tutor, excusatus sit, aut remotus; altero, si sub conditione datus sit, aut ex die. Est autem dativa tutela, quæ, lege permittente, datur a magistratu. Hic itidem videndum, quis, cui, quem tutorem, & quomodo recte det. Is tutorem dare potest, cui hoc nominatim (y) concessum est vel lege, vel simili juris constitutione. Primo omnes magistratus, qui jurisdictioni (z) præsunt; secundo legatus proconsulis; tertio magistratus municipales, & defensores civitatum, quibus permissum est de sententia episcopi pupillis quingentenariis tutores creare. Eum, cui datur, ta'em esse oportet, ut conditione personæ in tutela esse possit, quod in omnibus tutelæ generibus custoditur. Illud hujus speciei proprium est, ut nulli (a) ingenuo invito libertinus, nec cuiquam non (b) subjecto jurisdictioni dantis tutor dari possit. In eo, qui datur, illud commune cum ceteris, quod non detur quisquam, nisi qui natura, aut lege tutor esse possit. Propria (c) hæc, ut non detur is, qui se ingerit, aut quem facultates, moresve suspectum faciunt; non is, qui jurisdictioni dantis non est subjectus, aut qui parem, majoremve potestatem habeat, aut in legatione sit; denique ut detur is, qui petitus erit ab iis, ad quos ea res pertinet, nisi quid aliud utilitas pupilli postulaverit, de quo mox plura. In modo observandum, ut detur (d) pure, non ex die, aut sub conditione: ut si testamento datus, ex inquisitione confirmari debeat, decretum, & causæ cognitio pro (e) tribunali interponatur. Effectus hic, ut si quid eorum, quæ supra dicta sunt, a magistratu omissum fuerit, datio aut ipso jure nullius sit momen-

---

(o) Moribus apud nos fere observatur, ut altero e conjugibus intestato mortuo superstes cum defuncti aliquo de cognatis magistratum adeat tutelarem (*devvees meesters*) qui tum eligit ex mortui cognatis proximis quos vult tutores; quin & superstes cum uno ex cognatis defuncti concurrere ad tutel. potest.

(p) Ut qui sperarent successionem, iidem tuerentur bona. *l.* 1. *ff. hoc tit. Inst. eod. in pr. & Tit. de leg. pat. tut.* Add. *l.* 3. §. *ult. & l.* 4. *eod. item tit. de leg. par. tut.* itemque *de fiduc. tut. Inst.* quem postremum omnium optime explicavit Juning. noster.

(q) §. 1. *& ult. Inst. hoc t.* §. 1. *Inst. de leg. agn. suc. l.* 5. *unde legit.* Agnati nostris dicuntur *van de swaardzi*. Cognati per feminini sexus personam *van de spil zii*. Quamquam in hoc argumento nulla hujus discriminis habeatur ratio.

(r) De capitis diminutione est tit. in *Inst. de c. dim.* & in *ff. lib.* 4. *de cap. min.*

(ſ) Status vocabulum per se late patens in hac tractatione ad tria hæc revocatur, libertatem, civitatem, familiam. *l. ult. ff. de c. min.*

(t) Sublata tum in hæreditatibus, tum in tutelis veteri agnatorum, & cognatorum differentia. No. *de hæred. ab intest.* §. *ex his*, 5. & hoc rationi legis 12 convenit. *l.* 1. *ff. hoc t.*

(u) *l.* 1. §. 1. *eod. Inst. de leg. patr. tut. in fin.*

(x) Utrumque per causam testamentariæ, quæ vel semel constituta legitimam excludit, vel quandiu speratur, retardat. *l.* 11. *in pr.* §. 1. 2. *ff. de Test. tut.*

(y) Ac proinde non est jurisdictionis, aut imperii *l. muto*, 6. §. 2. *ff. de tut.* & quæso quid lege, aut constitutione opus, si jure magistratus, ut cetera, quæ sunt jurisdictionis, Tutelæ datio competit? Vid. Vult. ad *tit. de Attil. tut.*

(z) Traditur hoc, & quæ sequuntur in *l.* 1. *&* 3. *ff. de Tut. dat. ab his*, §. *sed hoc jure*, *& seq. Inst. d. tit. l.* 30. C. *de Episc. aud.*

(a) *l. antepen.* §. 1. *ff. eod. l.* 3. C. *de excus.*

(b) *l.* 1. §. *ult. l.* 3. *eod.* ut hic quoque valeat generale illud: Extra territorium jus dicenti impune non pareri. *l. ult. ff. de jurisd.*

(c) Quæ omnia sumpta sunt ex his locis. *l.* 21. §. *ult.* & in *pr. eod. l. un.* C. *si cont. mat. vol. d. l.* 1. *&* 3. *ff. eod. d. l.* 21. §. 3. Ex quorum lectione etiam dispar hujus prohibitionis effectus facile intelligitur.

(d) *l.* 6. §. 1. *de tut.* Est enim hæc datio actus legitimus, qui non recipit tempus, aut conditionem. *l.* 77. *de R. Jur.* Solus testator ex die, aut sub conditione dare potest, quod affectui parentis, aut qui vice parentis sit, datum, sine injuria tamen pupilli, cui interim a magistratu prospicitur. *l.* 11. *de test. tut.* Gothofr. ad *d. l.* 6. §. 1. Ceterum ne magistratui quidem obstat conditio, quæ in præsens, aut præteritum concipitur, aut tacite inest. *l.* 17. *d. l.* 6. §. 1. *eod. d. l.* 77. *de Reg. Jur.*

(e) *l.* 5. *de conf. tut.* & generaliter, ubi causæ cognitio necessaria, ibi tribunal desideratur. *l.* 3. §. *pen. de ben. poss. l.* 71. *de R. J.*

momenti, aut excusatione, remotioneve tutoris eludatur.

Ceterum non ante tenetur magistratus tutorem dare, quam petitus fuerit ab iis, quibus est petendi jus. Eorum duo genera; unum, qui libere petunt: alterum, qui etiam coguntur. Libere petunt, quibus impune licet non petere, cujus (*f*) generis sunt cognati, affines; amici parentis pupilli, ejusdem educatores, creditores denique patris ejus. Coguntur petere, quibus cum pœnæ comminatione injungitur, ut petant: jure pietatis (*g*) mater, & avia: pro beneficio successionis omnes, qui ad successionem impuberis vocantur; pro obsequio liberti, ut petant patroni liberis. Ni faciant, liberti a Præside corriguntur, ceteri damno successionis multantur. Quid autem si magistratus tutorem non dabit? & adversus majores magistratus, puta præfectum urbis, prætorem, præsidem provinciæ nulla actio jure civili comparata. Soli (*h*) minores magistratus actione subsidiaria de indemnitate pupilli conveniri possunt.

CAPUT XI.

Quæ causæ tutelam delatam ab initio aut in totum, aut ex parte removeant.

Expositum est quibus modis tutela legitime defertur; nunc videamus, quando quis delatam obtineat, ut tutor fiat. Tutela munus (*i*) publicum est, cujus hæc (*k*) conditio, ut id etiam invitus quisque suscipere cogatur, nisi factum aliquod extrinsecus interveniens, aut volentem liberet, aut invitum summoveat. Facta ejus generis duplicia: quædam in totum tutelam removent; quædam, obligatione, & periculo tutelæ manente, solam potestatem administrandi adimunt. Prioris generis duo; justa excusatio, & suspecti accusatio ex quibusdam causis: posterioris generis unum, omissa satisdatio, quibus in causis ea exigitur. In excusatione duo exigimus: ut justa sit, ut ea legitime quis utatur. Justa excusatio est, quæ nascitur ex justis, & ad eam rem constitutis causis. Genera causarum sex: impotentia administrandi, justa suspicio, dignitas personæ, merita, domicilium, privilegium; quarum fortasse nonnullæ ad plura genera simul referri possunt. Impotentia gerendi spectatur vel in persona tutoris, vel extrinsecus in rerum administratione. In persona (*l*) tribus de causis; ob ætatem, si major sit 70. annis, ob adversam valetudinem, per quam ne suis quidem rebus superesse possit, propter (*m*) imperitiam literarum, si neque legere, neque elementa pingere didicit. Extrinsecus excusationem adferunt onera, tum domestica; ut (*n*) paupertas, si quis imparem se oneri injuncto possit docere; numerus (*o*) liberorum, trium Romæ, quatuor in Italia, in provinciis quinque; tum extera; tria (*p*) onera tutelæ non affectatæ, & interdum unius late diffuso, ac sparso pupilli patrimonio, rerum (*q*) fiscalium administratio, rei frumentariæ, & cujusvis alterius, quam princeps injunxit, cura; absentia reip. causa, & fortassis quædam alia ejusdem generis. Justæ suspicionis causæ tres (*r*), interdicta a parentibus tutelæ administratio; graves (*ſ*) inimicitiæ, quæ inter tutorem datum, & patrem pupilli intercesserunt, non reconciliata ante mortem gratia; item lis de re magni (*t*) momenti cum pupillo constituta: quo in genere jure novo hoc amplius cautum, ut ne quis omnino debitor, (*u*) creditorve pupilli tutor fiat. Dignitas personæ excusationem præbet magistratibus omnibus, qui (*x*) pote-

(*f*) *l.* 2. *ff. qui per. tut.* unde & distinctio hæc petita. *d.* 4. 5. *&* *pen.* C. *eod.*

(*g*) *d. l.* 2. *eod.* §. *pen. Inst. de SC. Tertyl. l.* 2. §. *si mater.* 23. & aliquot seqq. *ff. ad SC. Tertyl.* ubi satis fuse omnia, quæ ad necessitatem petitionis pertinent explicantur, ad *d. l. sciant.* 10. C. *de leg. hæred.*

(*h*) Qui satisdationem exigere solent §. *ult. Inst. de satisd. tut.* videlicet defensores civitatum, magistratus municipales. *l.* 1. §. 3. *&* 7. *l.* 2. *de mag. conv.*

(*i*) Tutela, & cura munerib. personalibus adscribuntur ab Hermog. *l.* 1. §. *ult. de mun. & hon.* quia corporibus, labore cum animi solicitudine, & vigilantia administrantur. Sin publicum munus cum Callist. in *l.* 14. §. 1. *eod. Tit.* accipiamus, quod in administranda rep. cum sumtu sine titulo dignitatis subimus, istiusmodi sane tutela non est, sed privatum potius, sive civile, quo sensu forte Modest. publicum munus accepit in *l. si duas.* 6. §. *tutela. ff. de excus.*

(*k*) *l.* 3. §. 1. 4. *&* 6. *ff. de mun. & honorib.*

(*l*) prima est in § *item major Inst. de excus. l. un.* C. *qui æt. se excus.* 2. in §. *item propter adversam. Inst. eod l. non solum*, §. *ult. ff. eod.* 3. in §. *similiter. Inst. eod.*

(*m*) Non obstat *l.* 6. §. *fin. ff. eod.* ubi literas nescire dictum, accipiemus pro imbutum esse studiis literarum.

(*n*) Neque enim qui vitæ necessaria vix sibi quærere potest, hoc munere est onerandus. §. 6. *Inst. eod. l.* 7. *ff. eod.*

(*o*) Nempe naturalium legitimorum superstitum, iniquum namque est, aut adoptiones forte fictas, aut liberos jam ante mortuos ad munerum quietem prodesse; utique nisi in acie pro rep. ceciderunt, in pr. *Inst. eod. l.* 2. §. 1. & deinceps. *l.* 18. *eod.*

(*p*) §. 5. *Inst. l.* 13. *ff. eod. l. un.* C. *qui un. tut.* ut tamen trium consortium. 1. qui pro indiviso patrimonium habent, tutela pro una computetur. *d. loc.*

(*q*) §. 1. *Inst. eod.* Huc tamen pertinent conductores non prædiorum fiscalium. *l.* 8. C. *eod.* Reliqua sunt in *l.* 22. §. 1. *l.* 26. *l.* 41. *ff. eod.*

(*r*) Ob eamdem causam & removeri quis potest. *l. scire.* 1. 2. *ff. de Tut. dat.*

(*ſ*) §. 9 *&* 11. *Inst. eod.* Sunt qui excusationem hanc homini Christiano minus convenire existimant; at mihi quidem non illicitum videtur, causam sinistræ suspicionis hoc obtentu vitare.

(*t*) De hæreditate puta, aut plurima bonorum parte. §. 4. *Inst. l.* 21. *ff. eod.* multoque magis si de statu controversia sit. §. 12. *Inst. l.* 6. §. *pen. ff eod.*

(*u*) *Auth. minoris.* C. *qui dat. Tut.* nisi mater sit, aut avia. *Auth. ad hæc*, C. *quando mul. Tut.*

(*x*) §. 3. *Inst. eod.* videlicet antequam se miscuerint administrationi. *l.* 17. §. *sane. ff. eod.* De tribus reliquis est in *l.* 1. §. 1. *l.* 6. §. *provincia. l.* 3. *in pr. ff. &* *l. ult.* C. *eod.*

potestatem, aut imperium habent; sacerdotibus provinciarum, assumptis in consilium principis, ingenuis quoque, ne libertinorum tutelæ subjiciantur. Ob merita in rempub. excusantur (*y*) professores bonarum artium, qui intra numerum sunt, veterani (*z*) athletæ; iis quoque, qui reip. causa absuerunt, anni vocatio ad novas tutelas detrectandas datur. Ratione (*a*) domicilii excusari potest, qui negat se ibi domicilium habere, ubi datus est. Senatori Romæ hoc amplius concessum, ne ultra (*b*) centesimum ab urbe lapidem tutelam gerere teneatur. Privilegio principis immunitas diversis (*c*) collegiis, & corporibus tributa. Ceterum accidit aliquando, aut ex persona tutoris, aut ex facto, ut excusatio, quantumvis justa, ei denegetur. Ex persona denegatur (*d*) liberto, qui patroni (*e*) liberis tutor datus est. Ex facto (*f*) tripliciter, si quis patri pupillorum promiserit se tutorem fore, si cum excusari posset, ultro se tutelæ immiscuerit; si legatum sibi eodem testamento, quo tutor datus est, relictum agnoverit. Rectus excusationis usus hic, ut tutor datus nulla (*g*) appellatione præcedente adeat competentem magistratum pro tribunali intra 50. dies, ex quo se tutorem datum esse cognoverit; causas, cur excusari debeat, alleget, certas testetur, seque excusari postulet.

Ut justa excusatio volentem liberat, ita interum invitum excludit suspecti accusatio. Sed qui ex iisdem causis suspicionis, propter quas ab initio quis removetur, etiam a cœpta tutela arceri potest, commodius erit de his in communi illo loco præcipere, ubi de tutela finienda tractabimus.

Alterum facti genus, quod, obligatione manente, solum jus administrationis adimit, est omissa satisdatio, quibus in causis ea a tutore exigitur. Quid sit hæc satisdatio, quis ejus usus, quæ forma, tum qui ex tutoribus, quibus remediis satisdare cogantur, videndum. Satisdare est, datis (*h*) fidejussoribus, rem pupilli salvam fore cavere. Est igitur hæc satisdatio de (*i*) indemnitate pupilli, ut quod detrimentum, tutela non bene gesta, inciderit, id si tutor non possit, fidejussores sarciant. Ceterum non omnes tutores satisdatione onerantur. Immunes sunt, qui (*k*) testamento, aut ab initio jure dati sunt, aut postea (*l*) confirmati. Sed quæ satisdatio per se libera est, & voluntaria, ea ex facto contutoris aliquando fit necessaria; quippe ex (*m*) pluribus satisdandi lege solutis potest unus offerre satisdationem, ut solus administret, ea lege, ut si contutor hac provocatione lacessitus suam contra satisdationem offerat, potior habeatur. Non omnes autem, qui satis non dant, continuo aut repellendi sunt, aut jubendi satisdare. Quid enim si ejus sit existimationis, & honestatis, ut non debeant contumeliam satisdationis subire? is autem, qui satis offerat, homo improbus, & flagitiosus? Sed ut superioribus satisdatio remittitur, ita reliqui omnes, sive legitimi sint, sive dativi, non ante ullam administrandi potestatem habent, quam recte, & utiliter satisdederint, rem salvam fore. Satisdationis hæc (*n*) forma: Stipulanti pupillo, vel cui de ea re stipulandi jus est, spondet tutor, rem salvam fore; idem recipiunt fidejussores. Detrectantes satisdare, pignoribus captis (*o*), coercentur; nonnunquam etiam removentur; quidquid gesserint, pro non gesto ipso jure habetur; nec eo minus, si cessaverint, periculo tutelæ obstringuntur.

CAPUT XII.

De Potestate Tutorum.

INvento tutore, quem quærebamus, proximum est, ut investigemus, quæ, & quanta sit vis illa, & potestas, quam tutori tribuimus. Ea tota posita est in administratione. Administratio constat duabus partibus, officio, & po-

(*y*) *d. l.* 6. §. 1. & deinceps *l.* 6. C. *de profess. lib.* 10.

(*z*) *d. l.* 6. §. *Ulpian.* Quod veteri nescio qua gentium superstitione iis indultum, certis tamen conditionibus, de quibus in *l. un.* C. *de athlet. lib.* 10. De veteranis est in *l.* 8. *in pr. ff. eod. l.* 2. C. *de excus. vet.* De absentibus reip. causa in §. 2. *Inst. l.* 10. §. 1. *ff. eod. l.* 2. C. *si tut. reip. caus.*

(*a*) *lib.* 18. *lib.* 21. §. *licet*: *lib. ult. ff. lib.* 1. C. *eod.*

(*b*) *d. l.* 21. §. *pen.* hoc igitur casu tutorem habenti alius tutor datur, sed aliarum rerum. *d. l.* 21. §. *ult.*

(*c*) *l.* 17. §. 1. & 2. *l. ult. in pr. ff. l. pen.* C. *eod.*

(*d*) *l.* 14. 24. *ff. l.* 5. C. *eod.* nisi corporis, aut mentis valetudine ab agendis rebus prohibeatur. *l. pen.* § *ult. ff. eod.*

(*e*) Iis nimirum, qui jus patronatus sperare possunt. *l.* 14. *ff. de tut. dat.*

(*f*) Vid. *l.* 13. §. *ult. l.* 15. §. 1. *l.* 17. §. 5. *eod. l.* 29. *de Test. tut. l.* 5. *de his, quæ ut indig.*

(*g*) §. 16. *Inst. l. tutores.* C. *eod. l.* 1. §. *quand. appellat.* Ratio est, quia tutoris datio non est jurisdictionis, ad quam corrigendam inventa est appellatio, ut ex Loriot. refert Emucl. Don. *lib.* 3. *c.* 9. *in not.* Quod si rejecta fuerit excusatio, tum demum recte appellatur quo sensu accipiendæ sunt leges, quæ de provocatione in proposito casu loquuntur *d. l.* 1. §. 1.

(*h*) *l.* 1. *ff. qui satisd. cog.* Prætoriæ satisdationes (ait Ulp.) personas desiderant pro se intervenientium *l.* 7. *ff. de præt. stip.* add. Don. ad *l.* 5. *ff. de verb. oblig.*

(*i*) Vid. *tit. ff. rem pup. salv. fore.*

(*k*) Tutoris testamento dati fides, ac diligentia satis spectata esse creditur testatori, cujus solius hac in re statur judicio. *Inst. de satisd. Tut. in pr. l.* 17. *ff. de Test. Tut.*

(*l*) Sive omnimodo, sive ex inquisitione. *dd. loc.*

(*m*) Quia tutela commode a pluribus administrari nequit, prætor operam dedit, ut quoad fieri posset, in unum aliquem eam derivaret. Gradus autem fecit complures, quorum ordinem observabis ex *l.* 1. §. 1. *de adm. tut. l.* 17. & *seq. de test. tut.* §. 1. *Inst. d. t.*

(*n*) Vid. *l.* 2. 3. 4. 6. *ff. rem pup. sal. fore.*

(*o*) §. *pen. Inst. d. t.* addit. *l.* 1. 2. 3. & *ult.* C. *de tut. qui sat. non ded. l.* 1. §. 1. *l.* 5. §. *ult. ff. de adm. tut.*

& potestate. Officium tutoris est ea pars administrationis, in qua versatur obligatio, & periculum tutelæ; de qua parte (*p*) dicetur suo loco inter obligationes, quæ quasi ex contr. nasc. Potestas consistit partim in persona pupilli tuenda, partim in rebus ejus recte gerendis. Primo cum tutela omnis personæ pupilli tuendæ, non potestatis alicujus in eum exercendæ gratia comparata sit, (*q*) satis liquet, longe aliam esse tutoris potestatem, atque eam, quam parens in liberos, dominus in servos habet. Sed & ipsa personæ pupilli cura angustissimis finibus circumscripta est, sive de loco quæratur, ubi pupillus morari debeat, sive de alimentis præstandis, famulis attribuendis, aut denique de morum institutione. Nam de his rebus si inter parentes, cognatosve pupilli non conveniat, non tutoris statur arbitrio, sed res ad (*r*) cognitionem magistratus revocanda est. Secundum, quod versatur in rerum administratione, suo jure exercet tutor, atque in eo pene vicem (*s*) domini sustinet. Id adeo ita esse ex partibus administrationis luculenter apparebit. Hæ quatuor, actionum exercitium, solutio debitorum, rerum alienatio, auctoritas. De actionibus ita jus est, ut tutor judicio experiri cum debitoribus pupilli, ejusque, si conveniatur, defensionem suscipere possit absque ullo (*t*) mandato, aut præstatione cautionis, haud secus ac si vere dominus esset; & debitori quidem, si judicio absolutus sit, datur adversus pupillum rei judicatæ exceptio; creditori, si tutor (*u*) succubuerit, judicati actio. Solutio tutori a debitoribus pupillaribus facta ipso jure eis liberationem (*x*) parit. Rerum alienatio tutoris permissa; verum non omnium, nec quævis. Permissa earum, quæ servando (*y*) servari non possunt, cujusmodi sunt fructus, esculenta, & poculenta omnia, vestes detritæ, animalia supervacua, aut si quid aliud corruptioni, aut interitui obnoxium; ceterarum rerum alienatio absque decreto prohibita Si res pupilli alienationem admittet, tum ut rata sit alienatio, necesse est, ut ea fiat administrationis causa ad rem pupilli augendam, non minuendam. Id tum ex genere, & titulo alienationis, tum ex causa, & fine æstimandum. Ex generibus alienationum prohibitæ quæ in speciem (*z*) donationis cadunt; ceteræ ratæ habentur †; ut venditio; rerum communium divisio; pecuniæ, quam pupillus debet, solutio; novatio; transactio; jusjurandum. Præter genus, & titulum finis item, & causa alienationis spectanda est. Finis hic, ut omnia ad utilitatem pupilli gerantur. Proinde si quid vendiderit tutor, non aliter valebit venditio, quam si (*a*) justo pretio, quanti potest, vendiderit. In novatione dabit operam, ut locupletior debitor substituatur. In transactione, ne per ejus speciem quidquam remittat. Postremo jusjurandum non aliter debitori pupilli deferat, quasi si cæteræ probationes deficiant.

Auctoritas (*b*) est probatio ejus, quod cum pupillo præsente tutore gestum est. De auctoritate porro hæc cognoscenda: quibus in rebus necessaria: quo modo interponenda; interposita quid valeat. Necessaria est tutoris auctoritas in iis causis, quæ conditionem pupilli (*c*) deteriorem facere possunt; puta si quid alienet, sive se obliget, actionem remittat, aut quod ei debetur, repudiet; debitam pecuniam solvat, creditum accipiat. At (*d*) stipulando sibi acquirere, & in universum conditionem suam (*e*) meliorem facere potest etiam sine tutoris auctoritate. In modo interponendæ auctoritatis observandum, ut a tutore ipso, cui administratio concessa est, præsente (*f*) statim, hoc est, in negotio perficien-

(*p*) Hic quæritur, non quid tutor pro officio suo, & commodo pupilli facere debeat; sed quid ei pro potestate in personam, & res pupilli liceat, quin libertas pupilli quodammodo imminuatur.

(*q*) Tutela sola tutione, & custodia pupilli definita est. *l. 1. de tut.* Cic. 1. offic. *Ut tutela, sic curatio reip. ad utilitatem eorum, qui commissi sunt, gerenda est.*

(*r*) *l. 1. 3. pen. & ult. ff. ubi pupil. educ. vel mor. deb. l. 1. & 2. C. eod. l. 13. ff. de adm. tut.*

(*s*) Tutor, quantum ad providentiam pupillarem domini loco haberi debet. *l. 27. de adm. tut.* sed tunc cum tutelam administrat, non cum pupillum spoliat. *l. 7. §. 3. pro empt.*

(*t*) *l. 22. & seq. ff. d. tit. de adm. tut. l. 23. C. eod.* Si vero dubitetur, an gestus illi commissus sit, æquum est adversarium non decipi. *d. l. 22.*

(*u*) *l. 2. ff. d. t. l. 1. C. quand. ex fac. tut.* superius est in *l. si mater. 11. §. hoc jure. 7. ff. de exc. rei jud.*

(*x*) *L. Lucius. 46. §. 5. & ult. ff. de adm. tut.* De securitate solutionis novissime quædam cavit Just. in *l. ult. C. eod. §. ult. Inst. quib. al. lic.*

(*y*) *l. 22. ff. d. tit.* add. *l. 1. & tot. tit. C. de reb. eor. qui sub. tut.*

(*z*) *l. non omni. 16. C. de adm. tut. l. 46. §. ult. ff. eod.* Donatio enim aperte pugnat cum officio administrationis.

† Hæc omnia tutori permissa legimus in rebus, quæ alienari possunt. *l. 9. §. sicut. l. 12. §. 1. l. 22. d. 46. §. ult. ff. l. 16. C. eod.*

(*a*) Non minoris per gratiam, & sordes? nam si res mala fide gesta sit, nullius erit momenti *l. 5. §. 2. de auct. tut.* Cetera sunt in *l. 13. §. ult. d. l. 22. & 46. §. ult. l. 35. de jurejur.* add. *l. 28. in fin. de pact. l. 12. C. de trans.*

(*b*) Tutor auctor fieri dicitur, cum se probare dicit id, quod agitur. *l. 3. ff. de auct. tut.*

(*c*) Distinctio sumpta a fine auctoritatis, quæ ad hoc comparata est, ut incommodum omne a pupillo removeatur. *tit. Inst. de auct. tut. l. 5. & 9. ff. eod.*

(*d*) *Nullum periculum est, quod sciam, stipulatio*, vel Plato teste in *Eudemo*.

(*e*) Hæreditatem tamen adire sine tutoris auctoritate non potest. *Inst. §. 1. & d. l. 9. §. 3. ff. eod.* ne temere æri alieno, & ceteris incommodis hæreditariis se obstringat.

(*f*) *d. l. 9. §. tutor.* Præsentia corporis, & animi requiritur, ut certius cognoscat, quid negotii qua fide geratur. *arg. l. 14. ff. eod.*

ficiendo, & adhuc calente, interponatur, dum ne is in rem suam, qua de (*g*) principaliter agatur, auctor fiat. Vis interpositæ auctoritatis hæc, ut quod cum impuberibus etiam tacentibus tutore auctore gestum est (*h*), ratum habeatur, sive obligentur, sive quid alienent. Illud obiter hic monendum, esse & aliam potestatem pupillo recte acquirendi, quæ per consequentiam illius, de qua hactenus disseruimus, introducta est. Quidquid enim tutor stipulatur, contrahit, sive nominatim pupillo sive sibi, ex pecunia tamen pupilli, ejus rei utilem (*i*) actionem pupillo acquirit.

CAPUT XIII.

Quibus modis tutela finiatur.

Tutela, ut ceteræ res jure constitutæ, tamdiu durat, donec suis modis finiatur. Finitur aut ipso jure, aut interventu magistratus. Ipso jure partim ex persona tum pupilli, tum tutoris, partim ex voluntate deferentis. Ex persona pupilli finitur (*k*) pubertate. Pubertas in masculis post 14. annum initum accipit, feminæ post 12. annos completos nubiles esse creduntur. Ex persona utriusque finitur (*l*) morte, & capitis minutione; tutoris quidem maxima, & media, pupilli etiam (*m*) minima, puta adrogatione. Ex voluntate deferentis tutor esse desinit ipso jure, si usque ad certum diem, aut conditionem testamento datus sit ab eo, cui ita dandi jus est, isque dies venerit, aut conditio extiterit (*n*).

Interventu magistratus tutela finitur, aut volente tutore, aut eo invito. Volente quatuor ex (*o*) causis; si tutor datus reip. causa abesse cœperit; si in consilium principis assumptus sit; si domicilii mutationem a principe impetraverit; si post susceptam tutelam mutus, surdus, cæcus, furiosus, aut valetudinarius factus sit. Sed ita demum hæ causæ tutorem exonerant, si his legitime utatur, prout faciendum diximus in iis excusationum generibus, quæ possunt non ad susceptam tutelam deponendam, sed ad novam declinandam dumtaxat. Ceterum non uno modo ex omnibus hisce causis tutela finitur; quædam enim in perpetuum eam perimunt; nonnullæ ad tempus cessare faciunt. In perpetuum perimunt reliquæ, ad tempus excusant hæ duæ, absentia reip. causa quamdiu (*p*) durat; item morbus animi, ut corporis (*q*) temporalis.

Invito tutore finitur tutela, si is tamquam suspectus postulatus sententia judicis a tutela (*r*) removeatur. In quo genere hæc cognoscenda; qui tutores, quibus ex causis suspecti postulari possint, a quibus hoc crimen intendi, & apud quos judices oporteat; tum quæ ejus judicii vis, ac ratio. In primis eum, quem removeri volumus, suspectum esse oportet. Suspectorum duo genera; unum eorum, quos (*s*) constat non ex fide tutelam gerere, dum aut ea (*t*) faciunt, quæ facere non debent, aut quæ fieri oportebat, negligunt dolo, inertia, rusticitate: Alterum eorum, qui licet non aperte arguantur tutelam non ex fide, aut sperata diligentia administrare, ea tamen faciunt, quæ justam causam afferunt suspicandi, aut nunc quid occulte fieri, aut in posterum factum iri. Suspicio hæc quatuor causarum nascitur ex aliqua, vel quod tutelam ultro occupavit, qui (*u*) inimicus se excusare poterat, vel quod data pecunia (*x*) ministeriis tutelam redemit, vel quod (*y*) repertorium bonorum pupillarium facere neglexerit, vel quod (*z*) contutorem administrationis

---

(*g*) *l.* 1. & 7. *eod.* Secus est, si pupilli res principaliter agitur, quamvis inde tutori quid acquiratur per consequentiam. Exemplum suppeditat *d. l.* 1.

(*h*) *l.* 13. *l. antipen.* ff. *eod.* quod & generaliter traditum est in *l.* 6. *in pr. de tut.*

(*i*) *l.* 2. *quand. ex fac. tut. l.* 2. & *pen.* C. *d. tit.* de quo generalis extat definitio in *l.* 5. §. *si actori. de pec. const.*

(*k*) In princ. *Inst. quib. mod. tut. finitur l. ult. Cod. quand. tut. esse des. l.* 5. ff. *qui test. fac.* Moris fere est ubique in hac regione, ut post robustam demum ætatem, id est, 25. annos tutela finiatur: unoquoque communi nomine tutores, & curatores *Vuogden* appellamus, nec ulla est inter eos differentia.

(*l*) Hoc eo maxime pertinet, ut intelligamus, tutore mortuo, nec ad hæredem ejus tutelam transire; Pupillo defuncto, ne ratione quidem bonorum, quæ post mortem supersunt, perseverare *l. antep.* ff. *de tut. arg. l. ult. de usur.* & *bon. l.* 178. *de reg. jur.*

(*m*) §. 1. & 4. *Inst. quib. mod. tut. fin. l.* 14. ff. *de tut.* Pupillus si alienæ potestati subjiciatur, in tutela esse amplius non potest: tutorem autem nihil prohibet esse filiumf. Olim quidem minima capitis minutio tutoris legitimam tutelam perimebat. *d.* §. 4. sed hoc una cum differentiis agnationis, & cognationis postea sublatum est: quo Jure utimur.

(*n*) §. 2. & *ult. Inst. eod. d. l.* 14. §. 3. & *ult. de tut.*

(*o*) Quas indicant hi loci. §. 2. *Inst. de excus. l.* 30. *l.* 12. §. 1. *l.* 40. ff. *eod.*

(*p*) Reversi coguntur recipere onus tutelæ; ac ne anni quidem vocationem habent, quod spatium ad novas tutelas vocatis conceditur. *d.* §. 2. *l.* 10. §. *ult.* & *l.* 12. *eod.*

(*q*) *d. l.* 10. §. *ult. d. l.* 12. *in pr.* Unde est, quod in locum ex his causis excusati non alius tutor, sed curator interim detur *d.* §. 2. *d. l.* 10. §. *ult.* & 12. *eod.* sed quia vice tutoris fungitur, nonnunquam etiam tutor abusive dicitur. *l.* 12. & *pen. de tutel.*

(*r*) §. *ult. Inst. hoc tit. l.* 1. ff. *de susp. tut.*

(*s*) §. *suspectus.* 5. *Inst. de susp. tut.* iidem indicantur in *l.* 6. C. *eod.*

(*t*) Vid. omnino *l.* 3. §. 5. & §. *qui pecuniam, usque ad fin.* ff. *eod.*

(*u*) *d. l.* 3. §. *si tutor.* Nocendi enim animo tutelam occupare videtur.

(*x*) Idest, corruptis officialibus, & ministris Prætoris, per quos fit inquisitio. *d. l.* 3. §. *sed si non.* §. 10. *Inst. eod.* ubi eodem modo ut in *d.* §. *sed si non.* legendum *ministeriis*, judicio Cujacii.

(*y*) Inventarii omissio suspicionem doli adfert. *l.* 7. *de adm. tut.*

(*z*) *l.* 19. *de adm. tut.* nam quod ibi de concuratore scribitur, id vel magis ad contutorem pertinet, & utique recusatio hæc argumentum est malæ versationis.

tionis suæ participem facere recusavit. Accusatio hæc quasi (a) publica est, ac proinde omnibus patet, in tantum, ut & feminæ admittantur, ut mater, avia, nutrix, atque adeo quævis alia mulier, quæ sexus verecundiam non egrediatur. Cognoscere de suspecto possunt (b) omnes judices, qui vel tribunali præsunt, vel (c) mandatam ab his jurisdictionem habentur. Vis, & effectus accusationis est, ut, quoad (d) cognitio finiatur, interdicatur tutori administratio, convictus (e) removeatur. Remotio ex parte liberat tutorem, ex parte gravat. Liberat eum (f) obligatione tutelæ, & periculo sequentis temporis, gravat infamia, si ob dolum (g) removeatur, idque decreto fuerit expressum. Plane si quid admisit tutor, quod graviore animadversione dignum videatur, remittendus est ad (h) præfectum urbi extra ordinem pro atrocitate delicti puniendus.

CAPUT XIV.

De Curatoribus.

DEinceps transeamus ad illam alteram potestatem, quæ a curandis rebus alienis cura, & curatio appellatur. In quo genere minus nobis laborandum, propterea quod iisdem pene regulis juris, quibus superius, istud continetur. Curatorum duo (i) genera; unum eorum est, qui certis personis dantur ad res earum administrandas; alterum, qui sine certæ personæ expressione curatores bonis constituuntur. Illorum, quam horum potestas plenior, ac proinde illi curatores, & potestas eorum, cura absolute nominatur; hi non nisi cum adjuncto curatores bonorum vocantur. Plenior autem illa cura nihil aliud est, quam vis, ac potestas in capite libero, ad tuendas res ejus, qui quoquo modo rebus superesse non potest, data & ipsa jure civili, partim suo modo permissa. Hæc definitio complectitur tum quæ communia sunt curæ cum tutela; tum quæ discrepantia. Communia hæc, vis, ac potestas ad tuendum, curandum, data jure civili, aut permissa. Discrepantia; tutor (k) personæ tuendæ principaliter datur, curator (l) rebus; tutela eorum causa comparata est, qui per ætatem se defendere nequeunt; cura eorum causa constituta, qui quoquo modo sua negotia tueri non possunt. Tutor testamento, lege a magistratu datur; curator testamento non rite constituitur, a lege paucis datur. Sed singula, quæ ad cognitionem hujus potestatis pertinent, paulo distributius persequamur. Tria igitur hic cognitu necessaria, eadem nimirum, quæ in genere superiore; quibus in personis cura consistat, quid valeat, quibus modis finiatur.

Personæ, in quibus cura consistit, hic itidem duæ; is, qui in curatione est, tum is, qui eam obtinet, quem curatorem nuncupamus. Ut quis in curatione sit, duæ res faciunt, conditio personæ, & alieni auxilii indigentia. Conditione personæ, liberum esse oportet, & (m) sui juris. Indigentia in iis (n) omnibus, qui vel propter ætatem, vel propter morbum animi, aut corporis rebus suis super esse non possunt. In priore genere sunt puberes minores 25. annis, qui ob (o) fragile, & infirmum ætatis consilium usque ad annum vigesimum quintum completum curatores accipiunt. Si tutelæ ætas indigeat, cessat (p) cura. Ceterum quia (q) tutorem habenti tutor non

(a) §. *consequens*. *Inst. eod. L.* 1. §. 6. & *seq. ff. l.* 6. *in fin. C. eod.* Soli liberti ab hac accusatione repelluntur, propter reverentiam patrono debitam; itemque impuberes in sua causa. *l.* 3. §. 1. *l.* 7. *ff. eod.*

(b) *Inst. eod.* §. 1. *l.* 1. §. *damus*, & *seq. ff. eod.*

(c) Mandata enim jurisdictione totum officium jurisdicundi transit. *d. l.* 1. §. 4 & quod dicitur in *l.* 1. §. *suspecti*. *ff. ad Turp.* Nullum alium, quam præsidem de hac quæstione pronuntiare posse, id ad excludendos magistratus municipales dumtaxat pertinet, licet jurisdictionem habeant. *l.* 1. *si quis jus dic. non obt.* quia hæc accusatio pro tribunali examinanda est, ut cetera, quæ causæ cognitionem desiderant. *d. l.* 1. §. *suspecti*. *l.* 105. *de reg. jur.* ut bene Fab. in *Jurisp.*

(d) Alii interea administratio committitur. *l. pen. Cod.* §. 7. *Inst. eod.* Pupillorum favore tantum a judiciorum consuetudine deflexum est; alioqui pendente conditione nihil solet innovari. *T. ff. nihil inn. app. interpr.*

(e) Quod si pendente judicio tutela finiatur, extinguitur suspecti cognitio, & tutelæ agitur. §. *Inst. l. pen. ff. eod.* §. *ult. Inst. de att. tut.*

(f) Iniquum enim esset, removeri quidem a tutela, in futurum autem non esse securum. *l. antep. ff. eod.*

(g) §. *suspectus*. *Inst. l.* 3. §. *ult.* & *l. seq. in pr. ff. eod.* Ob culpam qui removetur: integra existimatione abit. *dd. loc.*

(h) *l.* 1. §. *ult. l.* 2. *l.* 3. §. *tutor.* & *seq. ff.* §. 10. & 11. *Inst. eod.*

(i) Indicantur hæc genera in *l. inter*. 48. *ff. de adm. tutor.*

(k) Tutela & personam, & quidquid est personæ in solidum complectitur. *l.* 12. & 14. *de Test. tut.* Curator magis rebus curandis datur; unde & ad certam rem, sive causam dari potest. §. *inviti*. *Inst. h. t.* sed hujus differentiæ vix ullus est apud nos usus.

(l) Curator tamen furiosi non modo patrimonium, sed etiam personam ejus in potestate habet. *l.* 7. *de cur. fur.* indicant 12. tabulæ, *si furiosus existet*, &c. ut verba referuntur a Cic. 2. *de invent.* Idem de curatore dementis, & fortasse prodigi habendum existimat Ger. Tunihg. ad §. 2. *Inst. hoc tit.* r. quod tamen moribus nostris non usquequaque convenit, quibus permittitur prodigo uxorem ducere sine consensu curatoris.

(m) *In pr. inst. de tut.* Servi juris civilis communionem non habent. *l.* 20. §. *servus*. *ff. qui test. fac. poss. l.* 17. *de pœn.*

(n) *l.* 12. *in pr. ff. de tutor.* & *curat. dat. l.* 2. *ff. de cur. fur.*

(o) *Inst. in pr. hoc tit. l.* 1. *ff. de min.* Possunt tamen adolescentes honestate morum præditi post annum 20. feminæ post 18. veniam ætatis impetrare a principe. *l.* 2. *C. de his, qui ven. æt.* quamvis perraro indulgeatur. *l.* 3. *in pr. d. tit.*

(p) Ideoque tutorem habens per furorem in curam non redigitur. *l.* 3. *in pr. ff. de Tit.*

(q) §. *interdum*. *Inst. eod. l.* 9. *C. qui dar. Tut.* nisi aliarum rerum. *l.* 21. *in fin. de excus.*

non datur, si utilitas impuberum alium desideret, qui tutori vel manenti adhuc, vel ad tempus subducto, vel cum pupillis litiganti adjungatur ad eorum res gerendas, hic non alium tutorem, sed (r) curatorem dari placuit. In posteriore genere sunt a morbo (s) animi, furiosi, mente capti, licet majores sint 25. annis, item prodigi, qui quod ad bona attinet, furiosum (t) faciunt exitum. A morbo (u) corporis muti, surdi, cæci, perpetuo morbo laborantes. Non omnes autem inviti curatores accipiunt, sed quidam non nisi volentes. Inviti (x) accipiunt furiosi, mente capti, prodigi: ceteri extra litem volentes tantum, in litem soli (y) adolescentes inviti. Curatorem (z) habenti, quominus alius curator detur, regula juris non est impedimento. In eo, quem curatorem esse volumus, hæc spectanda: conditio item personæ, constituendi modus, impedimenta, quæ ei obstant, quominus munus sibi delatum suscipiat. Conditione personæ qui tutores esse possunt, iidem possunt esse & curatores; sed constituendi modo non una in re curatores a tutoribus differunt. Curator (a) testamento non jure datur; datus tamen confirmatur, servata eadem lege, & dissimilitudine, de qua in confirmando tutore diximus; sed nec lege cuiquam curator datur, præterquam (b) furiosis, & prodigis; relinquitur ergo, ut a solis magistratibus detur, in qua datione omnia cum datione tutoris communia.

Cura munus publicum est, ut tutela; proinde & hanc invitus quisque suscipere cogitur, nisi quid obstet, quod vel in totum, vel ex parte eam removeat. In totum justa excusatio; ex parte omissa cautione rem salvam fore. In hisce omnibus idem (c) fere juris est, quod in tutela. Duæ tantum causæ dissimiles, quarum neutra in tutela locum habere potest; una, quod qui tutelam alicujus gessit (d) invitus curator ejusdem fieri non cogatur: altera, quod maritus uxori suæ, puta minori, aut mente captæ, curator datus excusare se possit, licet se (e) immiscuerit.

Vis quoque hujus potestatis similiter, ut tutela, tota posita est in administratione. Administratio constat tum officio curatoris, & obligatione, tum quæ huic adjuncta est, potestate gerendi. Ex duabus hisce partibus sola posterior ad imminutionem eam libertatis, quam hic quærimus, pertinet. Potestas curatoris nunc minor est, quam tutoris, nunc par; minor in (f) personam ejus, qui in curatione est: par in rerum (g) administratione.

Ex quibus causis tutela, ex iisdem finitur & cura: adeo, ut si impuberi, quod interdum fit, curator datus fuerit, tamen (h) pubertate pupilli curatoris officium finitur. Sed & propriis quibusdam modis curam finiri placuit. Hi varii, prout est conditio, quæ huic potestati causam dedit. Igitur qui propter minorem ætatem curator adolescentibus datus est, post perfectam eorum (i) ætatem, hoc est, annum 25. curator esse desinit: qui furioso, dementi, prodigo, cum hi ad sanam mentem redierint; & generaliter sublata curationis causa & ipsam tolli necesse est.

CA-

(r) *l. 13. ff. de tt. l. 9. §. ult. l. 24. de adm. tut. d. §. 9. hoc tit. §. 2. Inst. de excus*: tametsi, quia vicem tutoris sustinet, tutor aliquando appelletur, add. *tit. C. in quib. caus. tut. hab.* & Cujac. *ibid.*

(s) *§. furiosi, & seq. Inst. hoc tit. l. 7. & tot. fere Tit. D. de cur. fur.*

(t) *l. 12. in fin. de Tut. & cur. dat.* unde etiamsi lex 12. nihil nominatim de iis caveat, vi tamen ipsa idem in iis vult observari. *d. §. furiosi. l. 1. de tit.* Prodigi nostris *Stadikinderen* vocantur.

(u) *§. Sed mente. Inst. eod. l. 8. in fin. l. 12. in pr. de tut. dat.*

(x) Ignorantes certe, nec consentientes; frustra enim eorum expectatur voluntas, quæ nulla est *l. 40. de R. J.* Apud nos consensus prodigi dicis, ut opinor, causâ adhiberi solet.

(y) *§. Item inviti. Inst. eod.* Nec obstat *l. 1. § ult. de min.* quam cum Don. de curæ jam susceptæ effectu intelligo. Sed eo jure nos non utimur, sublatis plerisque curæ, & tutelæ differentiis.

(z) *l. 20. §. ult. de tut. dat.* Videat qui volet Cujac. 17. *obs.* 7.

(a) *§. 1. Inst. eod. l. 2. C. de conf. tut. l. 2. §. 1. l. 6. ff. eod. l. pen. in pr. & §. 2. de cur. fur.* sumptum hoc ex *lege 12. tab.* quæ de tutela dumtaxat loquitur. *l. 120. de verb. sign.* Noluit lex vim patriæ potestatis post mortem ultra annos pubertatis durare, unde & ad eam usque ætatem liberis substitui potest, ultra non item. *l. 2. de vulg. & pupil. t.* Tuning. ad *d. §. 1.*

(b) Sed sæpe ad alium ex *l. 12. tab.* curatio pertinet, alii prætor administrationem dat. *l. 13. de cur. fur.* atque ita intelligo *l. 1. d. t. & §. furiosi. Inst. de cur. jur.* Utrum autem ipso jure prodigis bonis interdicatur, an vero decretum magistratus expectandum sit, quæritur? posterius frequentius placuit; & utique interdictio hæc non juris est, sed jurisdictionis; quia utrum quis prodigus sit, necne, in facto, non in jure consistit. Plura Ant. Fab. 1. *Jurip. tit. 12. pr. 3.* eoque jure utimur.

(c) Extat hac de re generalis definitio in *l. scire oportet. in pr. de excus.*

(d) *§. qui tutelam. Inst. de excus. l. 20. C. eod.* hoc in tutela locum non habet, quæ nunquam sequitur curam. Rationem hujus juris vide apud Ant. Fab. ad *tit. Inst. de excus. [illegible] 1. ill. 2.* Nostris moribus qui tutelam pupilli gessit, curam quoque ejusdem adulti excipit; ut ante dictum est.

(e) Non quod excusatione ei sit opus antequam se immisceat, ut putat Don. *lib. 3. c. 20.* nam datio hæc jure prohibita. *l. 2. C. qui dar. tut. l. 14. ff. de cur. fur.* sed postquam se immiscuit, ad differentiam eorum, qui curam semel ultro susceptam deserere non possunt. *§. pen. Inst. de excus.* Enucl. Don. *d. locs*

(f) Unde in iis, quæ personæ magis sunt, quam rei, curatoris auctoritas non desideratur, nisi is, qui in curatione est, furiosus sit, aut demens. *l. 8. C. de nupt.*

(g) Quod ex collectione partium hujus administrationis a diligenti lectore observari potest, ad *d. l. 4. §. quæ in tutore. 25. ff. de dol. mal. exc. l. 13. in pr. ff. de excus.*

(h) *l. 1. C. quand. tut. ess. des. l. 25. ff. de tutor. dat. l. 12. ff. de tut.*

(i) *Inst. de cur. in pr. l. 1. de mi. ad l. 1. de cur. fur.*

CAPUT XV.

De curatoribus bonorum.

Superest nunc genus alterum curatorum, qui quod absque ulla personæ ratione bonis tantum dantur, curatores bonorum dicuntur. De his similiter quærendum, quomodo recte constituantur, constituti quam potestatem habeant; quousque perseverent. Recte constituti intelliguntur, si sint conditione personæ idonei, si dentur, quibus bonis oportet, & quomodo oportet? In conditione personæ nulla est inter hoc genus, & ceteros differentia. Non promiscue autem omnibus bonis dantur, sed ita, si res exigat. Id (*k*) tribus in causis receptum; si domino defuncto nemo hæres existat, aut is hæres sit, qui in utero est; si dominus ab hostibus captus sit; si debitores, quorum bona in ea causa sunt, ut venire debeant, latitent, neque defendantur. Dantur ab iisdem (*l*) magistratibus, a quibus & tutores, & ceteri curatores. Dantur (*m*) pure, & simpliciter, non ex die, aut sub conditione. Id quoque, quod de (*n*) satisdatione rem salvam fore in aliis generibus constitutum est, ad hanc est speciem traducendum.

Cui cura bonorum hoc modo delata est, is eam, ut aliud quodvis publicum (*o*) munus invitus suscipere cogitur, nisi & hic eædem res extrinsecus interveniant, quæ tutelam, & plenam curam removent, aut retardant. Potestate nonnihil differt hæc cura a superiore. Superior illa plenam (*p*) rerum administrationem, hæc solam custodiam; & rerum, quæ deteriores futuræ sunt, venditionem continet. Finitur tum propriis, tum communibus modis. Proprii modi ex constitutione cujusque curæ, quæ ei modum. & finem ponit, sumendi; communes ex illo communi loco, in quo de finienda tutela tractavimus. In curatore bonis latitantis dato peculiare est, ut nec (*q*) invitus hanc curam suscipere teneatur, nec eam si semel volens subierit, postea (*r*) detrectare possit.

CAPUT XVI.

Quod sit jus nostrum de rebus extra personam positis, ac primum de rebus divini juris.

Pertractatis iis, quæ sunt personæ cujusque propria, priori propositæ divisionis membro satisfactum est. Accedamus nunc ad alterum, quod est de rebus extra personam positis. In his rebus tantum cujusque est, quantum patitur earum natura. Sunt enim, vel (*s*) divini juris vel humani. Divini juris sunt quæ ad usum divinum quodammodo comparatæ sunt. Earum species (*t*) tres, sacræ, religiosæ, sanctæ. Sacra sunt, quæ (*u*) Deo rite consecrata sunt; ad quam consecrationem tribus est opus. Primum ut rite (*x*) consecrentur, publice, non privatim; secundo, ut per eum, quem oportet, uti est sacerdos, aut episcopus; postremo, ut sint res, quæ consecrari possint: Possunt autem omnes, sive mobiles sint, ut vasa ad usum Sacramentorum destinata; sive solidæ, ut sunt (*y*) ædes sacræ. Religiosa (*z*) sunt, quæ humationi, & sepulturæ destinantur. Locum religiosum tria faciunt: illatio mortui, persona inferentis, locus, in quem infertur. Religiosus locus efficitur non (*a*) consecratione, aut verbis solemnibus, sed illatione mortui; ideoque (*b*) *Kenotaphion* religiosum non habetur. Is inferre debet, qui est (*c*) dominus loci, alioqui alterius consensum (*d*) oportet accedere. Locus sit

---

(*k*) *l.* 1. *in fin. ff. de mun. & hon. l.* 1. *ff. de cur. bon. dand. l.* 20. *de tut. dat. l.* 2. *d. tit. de cur. bon. dan.*

(*l*) *l.* 5. *in fin. de cur. fur. d. l.* 2. *de cur. bon. dan.* Ventri a patre testamento datus confirmandus est citra inquisitionem. *l.* 6. *de conf. tut.*

(*m*) *Arg. l.* 6. §. 1. *ff. de tut. l.* 77. *de R. Jur.*

(*n*) *l.* 8. *ff. de cur. fur.* nisi ventri a patre testamento datus confirmatus sit. *de l.* 8. in quo sequimur regulam. *l.* 3. *de conf. tut.* quæ eadem traditur in *pr. Inst. de satisdat. tut.*

(*o*) Cura bonorum, ut tutela, & plena cura, annumeratur muneribus personalibus. *l.* 1. §. *ult. de mun. & hon.*

(*p*) Verba fere sunt Papin. in *l. inter.* 48. *ff de adm. tutor.*

(*q*) *l.* 2. §. *quæritur. de cur. bon.* Hic enim res privata magis geritur, quam publica. *arg. l.* 2. *in pr.* unde sequitur, nec satisdatione eum invitum onerari.

(*r*) Excusationes enim ad munera necessaria detrectanda introductæ sunt, non ad voluntaria pro libidine excutienda. *l.* 1. *ff. de vac. mun.*

(*s*) Extat hæc divisio apud Cai. *l.* 1. *ff. de rer. divis.* cujus divisionis explicatio quædam est illa Just. *in pr. Inst. eod.*

(*t*) *d. l.* 1. & §. *nullius. Inst. eod.* Dicuntur nullius per eminentiam ex comparatione earum rerum, quarum usus est promiscuus, & proprietas acquiri potest.

(*u*) *l.* 6. §. *sacræ. ff.* & §. *sacræ. Inst. eod.* add. *l.* 9. *ff. eod. l.* 21. *C. de sacr. eccl.*

(*x*) Solemniter, more majorum, modo, & instituto civitatis. Gall. Ael. apud Fest. erudite, & ad juris antiqui rationem accommodate Conn. 5. cap. 1.

(*y*) Luculentum dedicationis templi exemplum extat, 3. *reg. cap.* 8.

(*z*) §. *religiosum. Inst. eod. d. l.* 6. §. *religiosum.*

(*a*) *d. l.* 6. §. 4. *l.* 6. & *l.* 42. *ff. de relig. & sumpt. fun.*

(*b*) Idest, sepulchrum inane. *d. l.* 42. Marc. religiosum esse existimat, motus versu Virg. *l.* 3. *Æneid.* ubi Hectoreum *ad tumulum viridi quem cespite inanem.* Serv. tumulum inanem interpretatur cenotaphium; sed Divi fratres contra rescripserunt, *l.* 7. *de rer. div. l.* 7. §. 1. *de relig.*

(*c*) Et quidem pleno jure, ne alteri, puta socio, aut fructuario jus suum detrahatur. *d. l.* 6. hodie, ut notum est, locis publicis utimur ad sepulturam, quæ *cœmeteria* vocantur, quasi dormitoria: licet & singulis cujusque familiæ propria sepulchra interdum sint.

(*d*) Sufficit autem ab initio consensisse. *arg. l.* 75. *de R. J.* aut postea ratum habere. *d. l.* §. 4. *d.* §. *religiosum.*

sit immobilis oportet; proinde (e) capsæ, in quibus cadaver includitur, religiosæ non sunt. Sancta vocamus, quæ ad (f) tuitionem, & defensionem civitatis cujusque inventa sunt, ut muri, & portæ civitatum. Hæ res propter (g) similitudinem, quæ ipsis est cum rebus sacris, & religiosis, quodammodo divini juris habentur. Non hic consistendum: ulterius inquiratur, quid cujusque sit in his rebus, & quomodo id obtineat. Proprietas harum rerum prorsus (h) nullius est, proinde nec alienari possunt. Exceptæ hic res sacræ (i) mobiles, quarum alienatio tum ob æs alienum ecclesiæ solvendum, si nihil aliud supersit; tum ad ædium sacrarum refectionem; tum ad pauperum alimenta; tum ad redemptionem captivorum concessa est; usus vero quamvis & populi sit, & singulorum, non promiscuus tamen, & profanus. Tertium est, ut de remediis cogitemus. Huc prout usus aut publicus, aut privatus impedietur, interdicta varia, & pœnæ sunt accommodatæ. Si usus loci sacri impedietur opere facto, factum (k) restitui jubetur; si (l) manu, injuriarum est actio; si loci religiosi, est (m) interdictum de mortuo inferendo, & actio de sepulchro violato; si murorum, aut portarum, quatenus in iis consistere, aut deambulare licet, actio item injuriarum: usum publicum defendunt (n) interdicta varia prohibitoria, & restitutoria. Violare autem muros capitale est (o).

CAPUT XVII.

De rebus publicis.

Res humani juris sunt (p) publicæ, aut privatæ. Publicarum (q) rerum generaliter acceptarum species tres; res communes, publicæ in specie, universitatis. Communes (r) sunt, quæ primum a natura proditæ in nullius adhuc dominium pervenerunt. Communia quatuor, aer, mare, litus maris, aqua profluens. Quid sit aer, quid mare cuivis notum. Litus (s) est, qua maxime fluctus exæstuat. Aqua profluens est aqua fluminis (t) ad lavandum, & potandum jure naturali concessa. Proprietas harum rerum (u) nullius, ideoque nec ullum earum commercium. Hominum singulorum hic propria duo, (x) usus, ad quem natura proditæ sunt: item (y) occupatio. Ad usum hunc tuendum qui impeditur aut opere facto, aut manu (z), comparatum est interdictum ne quid in loco publico, tum etiam actio injuriarum. Res publicæ, quas specialiter ita accipimus, sunt quæ finibus alicujus gentis includuntur, ut flumina, (a) portus (b), alveus (c) fluminis, quamdiu a flumine occupatur, ripæ. Harum rerum omnium proprietas nullius, si ripas exceperis, quarum proprietas (d) eorum est, qui prope ripam prædia possident. Usus hic item (e) singulorum, & nonnulla occupatio, de qua postea. Usum tuentur (f) interdicta quædam, si quid immissum, vel inædificatum quid sit, quod publico noceat. Universitatis (g) sunt, quæ una-

(e) Humum enim hic quærimus, unde humatio. vid. *l. 2. totam de relig.*

(f) §. *Sanctæ. Inst. l. 1. ff. eod. l. 2. ne quid in loc. public.*

(g) *d. l. 1. & d. §. sanctæ.* siquidem & hæ res nullius in bonis sunt, aut proprietate, aut usu promiscuo. Dicuntur autem sanctæ, quia sanctione legum confirmatæ, *l. 9. §. 3. ff. eod.*

(h) *d. l. 1. &. §. nullus. l. 6. & 34. ff. de cont. empt. l. inter. 83. §. sacram. de verb. obl.*

(i) Vid. & *Inst. eod. Nov. 120. cap. 9. & 10. l. 21. C. de sacros. Eccles. C. aurum. 12. quæst. 2.*

(k) *l. 2. § locorum 19. ne quid in loc. sac.*

(l) *d. l. 2. §. 9. l. 13. in fin. de injur.*

(m) *l. 1. ff. de mort. inf. l. 3. de sep. viol.* adde tit. *C. de sep. viol.*

(n) *l. 8. & 9. ff. de rer. div. d. l. 2. §. si quis nomine ne quid in loc. pub. l. 2. ne quid in loc. sac.*

(o) *l. ult. ff. & d. §. sanctæ. Inst. eod.* Est autem violare, scalis admotis, aut qua alia ratione transcendere.

(p) Distinctio est Caji in *l. 1. ff. de tit.* Justiniani illa in *pr. Inst eod.* etiam res divini juris complectitur.

(q) Publica trifariam accipiuntur 1. ex persona possidentis; ut res fisci. *l. 17. de V. S.* 2. quæ in usu sunt publico, sive omnium hominum. *l. 24. de acq. rer. dom. l. 112. de V. S.* quæ communia dicuntur, sive unius alicujus civitatis, quæ universitatis. *l. 2. ne quid in loc. pub.* sive unius alicujus populi, aut plurium, quæ denique publica in specie. *Inst. de rer. div. in pr. & § 2.*

(r) Quæ generali vocabulo ita definiuntur a Nerat. in *l. 14. de acq. rer. dom.* add. §. 1. *Inst. & l. 2. ff. de rer. div.*

(s) §. 3. *Inst. eod. l. 69. 112. de verb. sign.* Cicer. in *topic.*

(t) Flumen ipsum publicum, aqua fluminis communis: illud semper idem, hæc alia, atque alia; illo ad navigandum, hac ad hauriendum utimur. Baro ad §. 1. *Inst. eod.*

(u) *d. l. 1. de rer. divis. §. littorum. Inst. eod.*

(x) *l. 4. in pr. & §. 1. l. 5. §. ult. ff. & d. §. littorum. Inst. eod.*

(y) *l. 2. §. 8. l. 3. §. 1. l. 4. ff. ne quid in loc. publ. l. 14. de acquir. rer. dom.* modo ne usus publicus impediatur.

(z) *l. 1. & d. l. 2. in pr. §. 8. 9. ne quid in loc. publ. l. 13. §. si qui me. de injur.*

(a) §. 2. *Inst. eod. perennia. l. 1. §. 3. de fluminib.* idcirco (pene) addidit Marc. *l. 4. ff. eod.*

(b) *d. §. 2. d. l. 4.* Est autem portus locus conclusus, quo importantur merces. *l. 59. de V. S.*

(c) *l. 7. § quod si. de acq. rer. domin. §. 23. Inst. eod.* Alveus est spatium illud flumini subjectum, per quod fluit. *d. §. 23.*

(d) §. *riparium. Inst. l. 5. ff. eod.* de usu ig. solo accipienda est *l. 3. de flum.* Ripa definitur ea pars terræ, quæ flumen continet, naturalem rigorem cursus sui tenens. *l. 1. §. 5. d. l. 3. de flum.*

(e) Qui sunt ex eo populo, cujus fines flumen alluit, in quo distant a rebus omnium communibus.

(f) *l. 1. in pr. & §. pen. & ult. de flum. l. 1. ut in flum. pub.*

(g) *l. 6. §. universitatis. ff. & §. 6. Inst. eod.*

unaquæque civitas sibi constituit, ut usibus (*b*) civium deserviant; ut theatra, stadia, basilicæ, aræ, agri, & alia id genus. Hæc a superioribus distant (quamquam ne horum quidem (*i*) proprietas ullius) duabus rebus, institutione, & occupandi modo. Res communes, & publicæ natura proditæ sunt, ut essent in usu publico; res universitatis publicæ sunt instituto (*k*), & voluntate civitatis. Si quid in litore ædificetur, fit ejus, qui ædificaverit, ideo privatum, sicut in alveo fluminis puto privatum fieri. In viis autem publicis si quid ædificetur, fit publicum; unde & hic ædificiis (*l*) solarium imponitur. Usum autem harum rerum tuebitur interdicto (*m*) prohibitorio ne quid in loco publico, item actione (*n*) injuriarum.

CAPUT XVIII.

De rebus privatis, seu de acquirendo rerum dominio.

Rerum humani juris genus alterum superest, res privatæ. Hoc loco duo hæc summa spectabimus; primum, quæ sint res privatæ; secundum, quantum quisque juris in iis habeat. Res (*o*) privatæ sunt, quas jure quisque sibi acquisivit, nec postea alienavit, aut amisit. Acquisitio hæc duplex, aut juris gentium, aut civilis. In utraque autem tria hæc consideranda, res, quæ acquiritur; modus acquirendi; acquirentis persona; in traditione præterea etiam persona tradentis, & tradendi causa. Sed cum acquirendi modus pro rerum conditione sit varius, eum cum rebus ipsis conjungemus, ab eoque capiemus exordium.

Igitur jure gentium acquirimus aut facto nostro, aut vi, & beneficio rei nostræ. Facto nostro jure gentium res nobis acquiritur apprehensione nostra, ubi eam (*p*) possidere cœperimus. Verum non (*q*) quævis res nobis quavis apprehensione acquiruntur; interest enim utrum res nullius sint, an alicujus propriæ. De rebus nullius hæc juris (*r*) regula est; quod ante nullius est, hoc occupanti conceditur. Nullius esse hic accipiemus quæ nec (*s*) proprietate, nec usu sunt cujusquam. Sunt enim quatuor species, quæ quamvis nullius sint, tamen, quia non omni ex (*t*) parte, nec omni jure nullius sunt, occupanti non cedunt; ut homo liber, res divini juris, res publicæ, res hæreditariæ nondum adita hæreditate.

CAPUT XIX.

De rebus nullius.

Earum rerum, quæ nullius sunt, duo sunt genera; aut enim sunt eæ, quæ natura nullius unquam in potestatem venerunt; aut quæ cum alicujus fuissent, postea ejus esse desierunt. Natura nullius sunt animata, vel inanimata. Animata sunt feræ omnes. Earum tria genera; volucres, pisces, bestiæ agrestes. Aves (*u*) omnes capientium fiunt, exceptis iis, quarum non est fera natura, quales fere sunt gallinæ, anates, anseres. Piscium nulla dubitatio, nisi (*x*) piscinis fuerint inclusi. Bestias (*y*) agrestes eas intelligimus, quæ sylvis, & latibulis sese continent. Hæc omnia tum (*z*) cepisse intelligimur, cum pote-

(*b*) Ob hanc causam publica passim vocantur. §. 2. *Inst. de inut. stip.* §. *ult. Inst. de empt. & vend. l.* C. *de cont. empt.* Communio autem usus non videtur latius patere, quam ut publicus sit eorum, qui sunt ejusdem civitatis; ut in hoc quoque differant a superioribu.

(*i*) Ut publica omnia, quæ non in pecunia popul, sed publico usu habentur. *d. l.* 1. *eod. d. l.* 6. *de contr. empt.* Hodie publica fere omnia in dominio, & jure principum quodammodo habentur.

(*k*) Quod indicat Paul. *l.* 34. §. 1. *contr. empt.* Nec enim res hujus generis aliter publicæ fiunt, quam si publicatæ sint ab iis, qui jus publicandi habent. *l.* 2. §. 31. *ne quid in loc. publ.*

(*l*) Vectigal, quod pro solo penditur. *l.* 2. §. 17. *d. tit.* quod argumentum est, jus summum penes civitatem esse, usum autem ædificantibus relinqui, quamdiu vectigal penditur; ut est agrorum vectigalium conditio. *l.* 1. & 2. *si ag. vect.*

(*m*) *d. l.* 2. *in pr. & d.* §. *si quis* 17. *ne quid in loc. pub.* restitutorium non passim hic competit. *l. ult. d. tit.*

(*n*) Si quis me in publico blaneo lavare, aut in publica cavea sedere prohibeat. Recte Cic. 3. *de fin. Theatrum cum commune sit, recte tamen posse dici ejus esse eum locum, quem quisque occupavit.*

(*o*) Res privatæ natura nullæ, sed quæcumque, ut oportet, jure gentium, aut civili quæsitæ sunt. *l.* 1. *ff. de acq. rer. dom.* § *singulorum. Inst. eod. l. ex hoc jure ff. de just & jur.* Cic. 1. *offic.*

(*p*) Rerum dominia, ut Nerva filius dicebat, a naturali possessione cœperunt. *l.* 1. §. 1. *de acq. poss.*

(*q*) Satis constat earum rerum nullam esse acquisitionem, quæ commercio exemptæ sunt. *l.* 6. *l.* 32. *de cont. emp.* aut quarum alienatio interdicta, ut fundi dotalis, rerum minoris, quæ servando servari possunt. *tot. tit. ff. de fund. dot. in pr. Inst. quib. al. lic. tit. C. de reb. cor. qui sub tit.*

(*r*) Tradita in *l.* 3. *ff. &* §. *feræ. Inst. eod.*

(*s*) Neque publice, neque privatim, ut in eis occupandis nihil detrahatur alteri, quo defenditur æquitas hujus acquisitionis.

(*t*) Liberi hominis propria libertas, & cetera, quæ personæ ejus tribuuntur. Rerum sacrarum usus hominum est, licet non promiscuus, aut profanus; publicarum usus promiscuus, proprietas quodammodo populi. Res hæreditariæ omni ex parte sunt privatæ, hæreditatis esse finguntur, quæ tantisper personæ vicem sustinet. *l.* 34. *l.* 61. *ff. eod.*

(*u*) *l.* 5. §. 2. 5. 6. *ff.* §. 14. 15. 16. *Inst. eod.* Plinius auctor est, *non in suibus tantum, sed in omnibus quoque animalibus, cujuscumque generis ullum est placidum, ejusdem inveniri & ferum. lib.* 8. *c.* 53.

(*x*) Qui a nobis possidentur. *l.* 3. §. *item feras.* 14. *de acq. poss.*

(*y*) *l.* 1. *&* 3. *ff.* §. *Inst. eod.* inclusæ caveis, aut vivariis nostræ sunt. *d. l.* 3. §. 14. *de acq. poss.*

(*z*) Occupatio ferarum est naturalis earum libertatis ademtio, & in potestatem nostram redactio. *d. l.* 1. *in fin. & d. l.* 5. §. 1. *eod.*

potestatem nostram pervenerunt nobis (a) scientibus. Inanimatarum rerum, quæ nullius sunt, species quatuor: res communes, ut aer, mare, littora maris, aqua profluens; proinde quidquid in iis (b) occupaverimus, sine damno usus publici nostrum fit. Secundo ea, quæ in (c) mari, & littoribus nascuntur, ut insula in mari enata, gemmæ, lapilli, conchylia in littoribus inventa. Tantum autem in insula nostrum facere intelligimus, quantum aut ædificio occupamus, aut terminis positis includimus; cetera ita quisque sua efficit, si ea manu (d) occupet, ut sibi habeat. Tertio ea omnia, quæ in flumine publico nascuntur, nec per accessionem vicinis cedunt; quidquid igitur ex iis sine impedimento usus publici occupaverimus, nostrum fit; ut sunt arena, pisces, conchæ, & (e) similia, quæ (f) alveo non cohærent; insula item inter agros (g) limitatos enata. Quarto species ex aliena materia facta.

Si quis (h) ex aliena materia speciem fecerit suo nomine bona fide, quæ nec ad pristinam materiam reverti potest, is speciei dominus est. Quatuor hic concurrere oportet. Primum ut ex aliena materia speciem fecerit, hoc est, rei totius formam mutaverit; quare nec frumentum (i) ex alienis spicis excussum, nec lana (k) aliena purpureo colore tincta, nec quidquam, cujus externa tantum figura mutatur, huc pertinet. Secundo, ut hoc faciat (l) suo nomine; jure gentium enim volentibus tantum adquiritur: sin alieno nomine fecerit, acquiritur (m) ei, cujus nomine species facta est. Tertio, ut adsit (n) bona fides; alioqui si (o) sciverit materiam esse alienam, operam suam donasse intelligitur. Quarto, ut ne (p) species ad eamdem materiam possit reduci; alioquin non (q) habebitur pro extincta, manebitque ejus, qui (r) materiæ dominus fuit. Effectus hic: Si species acquiratur ei, qui fecit, materiæ domino actio in (s) factum datur ad æstimationem consequendam; sin aliquo casu materia domini manserit, hic bonæ fidei possessori datur adversus vindicantem (t) doli exceptio, ne & impensarum, & operæ jacturam faciat. At malæ fidei possessor operam suam (u) donasse intelligitur.

Alterum genus est earum rerum, quæ dominos habere desierunt. Res a dominis abeunt, aut volentibus, aut invitis, & casu. Volentibus ea, quæ pro derelicto habentur. Res (x) pro derelicto haberi dicitur, quam dominus ea mente abjecit, ut eam amplius in numero rerum suarum esse nolit; ideoque (y) statim ejus esse desinit, & fit occupantis. Casu, & dominis invitis quæ nullius fiunt, sunt tria; feræ bestiæ, locus in litore ædificio occupatus, thesaurus. Feræ omnes antea a nobis captæ simul atque in (z) libertatem sese receperunt, nostræ esse desinunt, & fiunt occu-

(a) Ex rebus nullius nihil nobis acquiritur, nisi scientibus. *d. l.* 3. §. *Neratius, de acq. poss.* Apud nos princeps, ut accepi, soli sibi jus venandi vindicat, contendens nobiles id ab se precario possidere; qui tamen suo se id jure facere contra asserunt. Illud certum est, non omnibus promiscue venari licere. Aucupii laxior libertas.

(b) De ædificio posito in mari est in *l. pen. ff. de rer. div.* in littore est in *l.* 14. *de acq. rer. dom. l.* 3. 4. *ne quid in loc. pub.* Adhibendum tamen magistratus decretum, maxime hodie, cum litora in potestate supremi magistratus habentur. *l.* 50. *de acq. rer. dom.*

(c) *l.* 7. §. *insula. Inst. eod. l.* 3. *de rer. div.* §. *item lapilli. Inst. eod.* Quidquid. autem fluctibus naufragum expellitur, non fit inventoris. §. *ult. Inst. eod.* & nostris moribus defertur ad quæstorem (*De Retemeester van de Espergen.*) Hic illud custodiet annum, & sex septimanas, ut interim dominus suum recuperare possit; eo tempore elapso publicatur.

(d) Non enim ut quisque cœpit hæc videre, & notare oculis, sua efficit, sed si ea apprehenderit. *l.* 1. §. 1. *ff. de acq. poss.*

(e) Piscandi quoque jus omnibus commune. §. 2. *Inst. eod.* sed & huic jure civili ratio modum præscripsit, ne omnes promiscue everriculis, aut excipulis piscentur.

(f) Quid si ædificatum sit in flumine? si publico noceat, ædificium tollitur, si non noceat, manet: Ita ut fiat privatum, an ædificantis, quod pene dixerim. *arg. l.* 24. *in pr. de damn. inf.* diss. Don. hodie publicum fieri non dubito: quia sine consensu principis ædificare non licet.

(g) *l.* 1. §. *si insula. de flum.* alias juxta regulam ejus est, cujus ripam contingit. *d. loc. d.* §. *Insula. Inst. hoc tit.*

(h) *l.* 7. §. *cum quib. de acq. rer. dom.* §. *cum ex al. Inst. eod.*

(i) *d. l.* 7. §. *cum quis. in fin.* ubi notanda distinctio Caji a Tribon. omissa in *d.* §. *cum ex aliena.*

(k) *l.* 26. §. *ult. eod.* lana tincta, lana esse non desinit, *l.* 32. §. *Labeo. de aur. arg. leg.*

(l) Quod a Cajo diserte additum. *d. loc.* neque enim possessio, a qua naturalis omnis acquisitio cepit, aliter quam volentibus acquiritur. *l.* 1. §. 1. *l.* 3. *de acq. poss.*

(m) *l.* 25. *ff. eod. arg. l.* 20. §. *ult. eod.* §. *pen. Inst. per quas pers.*

(n) De bona fide nihil quidem aut Cajus, aut Just. exprimit; sed id ex eo satis intelligitur, quod Caj. addit, suo nomine *d. l.* 7. §. *cum quis*, nam quod VVesemb. ait ad *d.* §. *cum ex al.* ubi de naturali acquisitione quæritur, non esse disputandum de bona, malave fide; durum omnino, & æquitati naturali contrarium est.

(o) *l.* 12. 3. *ad exhib.* qui locus apertissime confirmat id, quod de bona fide diximus.

(p) Ut vinum, oleum, mulsum, ad uvas, olivas, mel reduci non potest. *d. l.* 7. & *d.* §. *cum ex al.*

(q) Cum species ad pristinam materiam reverti potest, materia adhuc extare videtur: ut vas ex ære, aut argento conflatum. *l.* 24. *eod. l.* 78. §. *illud. de leg.* 3. At quæ in sua initia redigi non possunt, ea, extincto eo, quod prioris domini fuit, occupanti juxta regulam cedunt.

(r) In hoc igitur causa Sabini, sicut in superiori Proculi obtinet sententia. *d. l.* 7. §. *cum quis.*

(s) Sicut evenit in omnibus causis in quibus neque in rem locum habet. *l.* 23. §. 5. *de rei vind.* idque ex sententia leg. Aquiliæ, tamquam de damno dato. *l.* 11. *de præs. verb.* §. *ult. Inst. de leg. dupl.*

(t) *d. l.* 23. §. 4. *l.* 48. *de rei vind.*

(u) *d. l.* 7. §. *pen.* quo casu vera est definitio Pauli *d. l.* 12. §. 3. *ad exhib. quod ex re nostra fit, nostrum esse.*

(x) Definitio est Just. §. *pen. Inst. eod. Non si quis nolit Dominus esse, Dominium continuo amittit. l.* 17. §. 1. *de acquir. poss.* sed res eo animo abjiciatur necesse est.

(y) Etiam ante, quam ab alio occupetur. *l.* 2. *pro derel.*

(z) *l.* 3. §. *ult. l.* 5. *in pr. ff.* §. *feræ. in fin. Inst. eod.* Feræ, quæ commeare solent, nostræ esse desinunt, cum consuetudinem revertendi omiserunt. *d. l.* 5. §. 5. *l. pavonum. Inst. eod.*

occupantium. Locus in litore ædificio sublato ejusdem juris (a) efficitur, cujus est mare. Thesaurus item quodammodo dominum habere desinit. Thesaurus est vetus quædam (b) depositio pecuniæ, cujus non extat memoria, ut jam dominum non habeat. De quo sic habeto. In suo qui thesaurum invenerit sive casu, sive quæsitum non malis artibus, totus (c) ei cedit. Sin quis reperiat in alieno, aut publico loco, sive religioso, interest utrum casu hoc, an de industria contigerit. Si casu, pars dimidia inventori, pars altera, aut privato, cujus est locus, aut fisco, si (d) publicus est, conceditur; sin vero data opera inventus sit, totus, aut privato, cujus est locus, aut fisco adjicitur.

CAPUT XX.

De rebus alienis per traditionem transferendis.

Quæ sint nullius, exposuimus. Restat alterum genus earum rerum, quæ sunt alienæ, videlicet in alicujus dominio. De ea enim acquisitione nunc quærimus, cujus effectus est jus illud, quod dominium vocamus. Cetera jura in rem cum ad juris illius dominici imminutionem spectent, & maxima ex parte adinventa sint jure civili, de iis postea, cognitis utriusque acquisitionis effectis, dicendi dabitur occasio.

Acquiruntur igitur res alienæ, aut voluntate domini, aut domino invito. Voluntate domini per (e) traditionem. In traditione satis constat, rem geri inter tradentem, & accipientem: proinde utriusque (f) persona hic spectanda. In tradente tria exigimus; ut possit tradere: si possit, ut velit; si potest, & vult, ut tradat. Tradere rem potest (g) solus dominus, aut qui vice domini fungitur; & dominus quidem semper hanc potestatem habet, nisi obstet aut conditio personæ ejus, puta si minor sit, aut pupillus; aut alienatio rei interdicta, ut fundi dotalis; aut causa, ex qua res traditur, jure prohibita, ut donatio (h) inter virum, & uxorem. Vice domini funguntur quidam voluntate ejus, quidam jure. Voluntate domini procurator, cui hoc specialiter mandatum est, aut cui libera (i) bonorum administratio concessa; item (k) creditor in pignore. Jure tutor (l), curator. Ut quis velit transferre, tria concurrere debent: ut sciat vere rem suam esse; quippe cum nemo (m) errans in re sua dominium ejus transferat, ut justa (n) traditionis causa præcedat, ex qua dominium transire solet, ut emptio, venditio, permutatio, & similes contractus: tertium proprium in venditore, ut (o) pretium solutum sit, aut aliter ei satisfactum, vel ut emptori fidem habeat. Postremo requiritur (p) traditio, ut cum potest, & vult, tum & rem tradat; neque enim aliter dominia rerum jure gentium transferuntur. Est autem tradere, rei (q) prehendendæ, & tenendæ potestatem facere.

In accipiente duo hæc sunto: primum ut in traditione consentiat; deinde, ut & rem traditam accipiat. Consensus duabus rebus constat. Una est, ne in (r) corpore rei traditæ ullus error interveniat; altera, ne in (s) fine traditionis, ut dominium nanciscatur, dissentiat, quod ex causa, (t) præcedente æstimandum. Postremo apprehensio rei traditæ duplex, vera, & propria, aut minus perfecta. Pro-

(a) Si modo recipit pristinam litoris speciem. *l. 14. in fin. §. eod.* sic enim quasi postliminio revertitur in pristinam causam. *l. c. in pr. de rer. div.*

(b) §. 31. §. 1. *eod. l. un.* C. *de thesaur. lib.* 10. Cassiodor. *lib.* 6.

(c) §. *thesauror. Inst. eod. d. l. un.* C. *de thes. l.* 63. *ff. de acq. rer. dom.*

(d) *l.* 3. §. *Si in locis. ff. de jur. fisc. d.* §. *thesauros*. Quid si in loco sacro, aut religioso privato, uti est sepulchrum familiare, ædesve? nimirum locus hic est constitutionis Adriani, *d.* §. *thesauros*, Donelli alia hac de re disceptatio est.

(e) §. *per traditionem. Inst. l.* 9. §. 3. *ff. eod.*

(f) Quod in omnibus rebus, quæ dominium transferunt, perpetuum est *l.* 55. *ff. de obl. & act.*

(g) Nemo enim plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet. *l.* 54. *de* R. J. Ex quo & hoc sequitur, dominium eadem conditione transire, qua apud nos fuit. *l.* 20. *ff. hoc tit.* nisi quid aliud nominatim constituatur.

(h) Tot. tit. *ff.* & C. *de don. int. vir. & ux.*

(i) *l.* 9. § 4. *ff.* §. *nihil autem. Inst. eod.* add. Duar. *cap.* 9. *de procur.*

(k) §. 1. *Inst. quib. al. lic. l.* 45. *ff. de acq. rer. dom. l.* 4. *de pign. act.*

(l) Tutor, & curator quatenus in rebus transferendis pro dominis habeantur, jam ante demonstratum est.

(m) *l.* 35. *ff eod. l.* 15. *de jurisd.* Si quis autem non erret in dominio rei suæ, hic error alienationi non obstat, ac proinde indebiti per errorem soluti nulla vindicatio est, sed tantum conditio. §. 1. *Inst. quib. mod. rei cont. obl.*

(n) *l.* 31. *ff. eod.* quippe sine justa tradendi causa voluntas domini nulla esse potest: nihil autem refert, revera præcedat causa, an opinione tradentis, ut videre est in indebito soluto.

(o) §. *venditæ. Inst. eod. l.* 19. *ff. de cont. empt.*

(p) Traditio enim acquisitionem perficit, non nuda, & sola pacta. *l.* 20. C. *de pact.* Si igitur duobus prædium venditum est, is in detinendo dominio potior erit cui priori traditum est. *l.* 15. C. *de rei vind.* add. quæ ibi notat Gothofr.

(q) Sive res vere tradatur, sive potestati nostræ permittatur, de quo paulo post.

(r) *l.* 36. *de acq. rer. dom.* alias nihil agitur. *l.* 34. *de acq. poss.*

(s) Affectum enim ex utraque parte contrahentium concurrere oportet. *l.* 55. *de obl. & act.*

(t) Igitur si ego pecuniam tibi dederim quasi mutuam, tu quasi commodatam ostentandi causa acceperis, certum est nullam esse translationem. *l.* 18. §. 1. *de reb. cred.* Quid si causa utrinque subesse existimetur, ex qua dominium transferatur? Julian. sine distinctione efficacem esse traditionem respondet. *l.* 36. *de acq. rer. dom.* nec diss. Ulp. *d. l.* 18. *in pr.* vid. Don. *ibid.* & *lib.* 4. *com.* C. 18. ejusque Enucl. *eod. loc.*

Propria cum (*u*) naturaliter res corporalis mobilis manibus prehenditur, in immobilem (*x*) ingredimur. Naturalis hæc apprehensio non est necessaria in tribus causis. Prima est, si tradens se (*y*) alterius nomine possidere constituat; secunda, si res custodiæ, & potestati nostræ subjiciantur; quod fit (*z*) quatuor modis, oculis, & adspectu, clavibus traditis, custode apposito, re domi nostræ deposita; tertia, si (*a*) instrumenta venditionis tradantur. Quod si quæratur, num præter superiora quidquam desideretur amplius ad dominium transferendum, negabimus constanter, nisi quod in donationibusquibusdam, si (*b*) 500. aureos excedant, acta intervenire oporteat. Ceterum quin sine (*c*) vacua possessione (ea est, cum † nemo alius rem animo absens tenet, possidet) dominium transferri possit, non dubitamus.

Traditionis species quædam est communicatio. Ut enim rem totam transferre possumus, ita & per rerum communicationem (*d*) partem ejus rei pro individuo; pro rata tamen portione, quam quisque contulerit. Communicationis species (*e*) duæ, confusio, & commixtio. Confusio est materiarum, commixtio granorum, & similium rerum. Hæc igitur si consensu dominorum, aut expresso, aut tacito confusa, aut mixta fuerint, totum corpus, quod inde existit, commune fit: sin hoc fiat dominis invitis, in (*f*) granis quidem dominium non transit, quia singula corpora integra manent. In confusione placuit nihilominus (*g*) communionem fieri, de quo postea enucleatius differetur.

CAPUT XXI.

Quæ res quomodo nobis acquirantur citra domini voluntatem.

INvitis dominis res nobis acquiruntur aut bello, aut bona fide nostra. Bello quæcumque ex hostibus capiuntur (*h*), capientium fiunt. Hostes sunt, quibus nos, aut ipsi nobis publice (*i*) bellum decrevimus. In hac acquisitione duo spectanda; res, & quibus ea acquirantur. Principio manifestum est, omnes res, sive (*k*) mobiles, sive immobiles, hostibus ereptas capientium fieri. Sed alias publicæ fiunt, alias privatæ. Publicæ fiunt, & reip. acquiruntur, si ab universo exercitu, vel a populo captæ sunt, vel si dux eas occupari jusserit; quo in numero est (*l*) ager hostilis, & (*m*) præda devictis hostibus capta. Privata sunt cujusque, quæ quisque (*n*) privatim capit. Ceterum hæc omnia pristinam quasi postliminio conditionem (*o*) recipiunt simul atque ad suos redierint, aut ab hostibus fuerint recepta.

Ad bonam fidem nostram si aut necessitas accesserit, aut æquitas, res a domino invito ad nos transibit. Necessitas in nummis alienis, quos quis acceptos bona fide ita suis miscuit, ut (*p*) discerni non possint. Immixtio hæc vim consumptionis, consumptio solutionis habet. Priori autem domino, si nihil consequi potest ab eo, qui nummos dedit, adversus eum, qui miscuit actione in (*q*) factum consuletur. Æquitas in eo, si quis fundum bona fide emerit, vel ex alia

(*u*) Vera enim ratio acquirendæ possessionis est cum res corpore prehenditur. *l.* 1. §. 1. *l.* 3. *de ac. poss.*

(*x*) Quod tamen moribus nostris sublatum est, sufficitque dominii translationem fieri coram judice loci.

(*y*) Ita enim & ille possidere desinit, & alium possessorem suo ministerio facit, nempe eum, cujus nomine possidere incipit. *l.* 18. *in pr. de acq. poss.*

(*z*) Quos ordine ostendunt hi loci. *l.* 1. §. *pen. de acq. poss. l.* 74. *de cont. empt.* §. *item si. Inst. de rer. div. l. antep. de acq. poss.* §. *interdum. Inst. d. tit.*

(*a*) Symbolica hæc traditio constitutionibus est recepta. *l.* 1. C. *de don.*

(*b*) §. 2. *Inst. de don. l. pen. in fin.* C. *eod.*

(*c*) *Arg. l.* 16. *de fund. dot. lib.* 2. §. 1. *de act. emp.* junct. *tot. tit. quæ in fraud. cred. arg.* 9. C. *d. loc. l.* 54. §. *ult. de acq. rer. dom.* Et cur quæso aliena absentis possessio obstabit domino, quominus ille suum jus transferat in eum, cui ejus rei corpus prehendendum, & tenendum dat sine cujusquam impedimento; præsertim cum nihil commune habeat proprietas cum possessione. *l.* 12. §. 1. *de acq. poss.* atq. huic sententiæ accedit communis assensio, eoque jure utimur.

† Vacua possessio non intelligitur, nisi quæ libera sit, & vacua ab omnibus, qui rem possident, tenentve. *d. l.* 2. §. 1. *de act. emp.* Menoch. *rec. poss. rem.* 13. *n.* 4.

(*d*) *Arg. l.* 76. *de rei vind.* Hot. in §. *quod si*. 28. *Inst. de rer. div.* speciem esse putat societatis re, & facto contractæ. *l.* 4. *pro soc.*

(*e*) §. *si duorum*. & *d.* §. 28. *Inst. eod. l.* 7. §. *voluntas. ff. eod.*

(*f*) Quia singula corpora in sua substantia durant. *d.* §. *quod si*. 28.

(*g*) Si materiæ confusæ diduci non possunt. *d.* §. *si duorum. l.* 3. §. *ult. ff. de rei vind.*

(*h*) *l.* 5. §. *ult. ff. hoc tit.* §. 17. *Inst. eod.*

(*i*) Ceteri Latrones, & prædones sunt. *l.* 118. *de verb. sign. l.* 24. *dec. capt. & post.*

(*k*) Sive profanæ sint, sive sacræ, aut religiosæ. *l.* 36. *de relig.* adeo ut & liberi homines in servitutem deducantur. *l.* 7. *h. tit.* §. 17. *Inst. eod.* Verum hoc captivitatis jus hodie non observatur inter Christianos.

(*l*) Ager, qui ex hostibus capitur, publicari dicitur. *l.* 33. §. 1. *de capt. & postl.*

(*m*) Idest spolia, quæ capiuntur devictis hostibus, unde qui prædam surripuit, lege peculatus tenetur. *l. pen. ad l. Jul. pecul.*

(*n*) Qualia sunt mobilia omnia, quæ quisque, durante bello, necdum superatis hostibus capit.

(*o*) *l.* 19. *de capt. & postl.* §. 5. *Inst. quib. mod. jur. patr. potest. solvand. l.* 7. *de acquir. rer. dom. l.* 36. *de relig.*

(*p*) *l.* 78. *de solut.* Notum est nummis consumptis nasci conditionem, cessante nimirum rei vindicatione. *l.* 11. §. *ult. l.* 13. *de reb. cred.*

(*q*) Ut in re non difficili responsum est in *l.* 23 §. 2. *de rei vind.*

alia (*r*) justa causa traditum sibi a non domino acceperit, fructus ex eo perceptos pro cultura, & cura suos facit. Verum de eo commodius postea, utpote exceptione sequentis capitis.

CAPUT XXII.

De iis, quæ potestate rei nostræ nobis acquiruntur.

HActenus quibus modis res nobis acquirantur jure gentium facto nostro; restat membrum alterum a nobis propositum, ut videamus; quæ sit acquisitio potestate, & beneficio rei nostræ. Beneficio rei nostræ duo genera rerum adipiscimur; fœturam, & accessionem. Fœturam voco, quidquid ex rebus nostris natum, editumve est; accessionem, ea omnia, quæ rebus nostris accedunt, & ab iis quasi trahuntur. Fœturam tribus in rebus. Primum partus ex ancillis nostris nati omnino nostri † fiunt. Secundo fœtus quicumque ex animalibus dominio nostro subjectis editi (*s*) nobis acquiruntur. Tertio omnes (*t*) fructus ex fundis, sive agris nostris nati ad nos pertinent; in quo generalis hæc, & certa definitio tenenda: Fructus (*u*) omnes non jure seminis, sed jure soli percipi.

Interdum tamen alterius fiunt fructus fundi, cum alter sit fundi dominus. Id duobus tributum; fructuariis, & bonæ fidei possessoribus. De jure fructuarii dicetur postea inter genera servitutum; nunc de bonæ fidei possessoribus. De his ita jus est: Bonæ fidei possessor (*x*) fructus ex aliena re perceptos jure gentium omnes suos facit pro † cultura, & cura, consumptos etiam omnes lucratur. Tria huic acquisitioni locum faciunt: persona possessoris; res, quæ acquiritur; acquirendi modus. In possessore duo exiguntur, ut possideat, idest, animo, & affectu domini rem teneat; inde, ut possideat bona fide. Possessor igitur bonæ fidei (*y*) est, qui rem animo dominantis tenet, & justam causam habet, ob quam existimet bona fide rem ad se pertinere. Res, quæ acquiruntur, sunt fructus. Fructus (*z*) est, quidquid ex re nascitur, percipiturve, ad quod percipiendum ea res comparata est. Fructuum, qui quidem ad hanc perceptionem (*a*) pertineant, species duæ; sunt enim qui sponte (*b*) magis, & natura proveniunt: sunt, qui magis hominum (*c*) opera, & cultura: illi naturales, hi industriales vulgo appellantur: quod in illis natura dominetur, in his humana industria. Modus acquirendi in sola perceptione. Percepti fructus tunc intelliguntur, cum (*d*) quoquo modo a solo separati sunt; sed quinam fructus quatenus perceptione acquirantur, quæritur. Ego in ea sum hæresi, ut existimem; perceptos quidem omnes bonæ fidei possessori interim (*e*) acquiri, sed domino rem suam vindicanti (*f*) extantes omnes, idest, nondum consumptos officio judicis restitui; consumptos autem omnes suos facere sine ullo metu (*g*) restitutionis, ne æstimationis quidem. Malæ fidei possessoribus (*h*) nihil hic tributum.

CA-

(*r*) Rejecta distinctione inter tit. onerosum, & lucrativum; non enim pro titulo, sed pro cultura, & cura fructus bon. fid. possessori tribuuntur. §. 35. *Inst. hoc tit.* quamvis sine titulo bon. fid. possidenti non indistincte. *l.* 44. *de usur.*

† §. *pen. Inst. de jur. pers. l.* 7. *C. de rei vind.*

(*s*) *l.* 2. & 6. *de acq. rer. dom.* §. 19. *Inst. eod.*

(*t*) *l.* 25. *in pr.* & §. 1. *de usur. l.* 11. *C. de rei vind.*

(*u*) Quippe res nostra, cujus quod ex ea nascitur pars est, hæc nobis commoda parit, non ullum factum, non satio, aut plantatio, *d. l.* 11. *C. de rei vind. d. l.* 25. *de usur,* add. *l.* 1. §. 1. *de vent. insp. l.* 5. §. *idem. l.* 44. *de rei vind.*

(*x*) *d. l.* 25. § 1. *de usur. l.* 48. *de acq. rer. dom. d.* §. 35. *Inst. eod. l.* 4. §. 2. *fin reg.*

† Coluntur agri, coluntur pecora, plantæ. *l.* 7. §. *non solum.* ff. *sol. mat.* ut vel hinc intelligatur fructus omnes perceptos fieri bon. fid. poss. *d. l.* 48. ff. *h. tit.*

(*y*) *d.* §. 35. *l.* 109. *de V. S. l.* 27. *de cont. empt.* Bona autem fides præsumitur, donec contrarium probetur. *l. pen. C. de evict.* Per singula momenta quoad hanc acquisitionem inspicitur. *d. l.* 48. §. 1. quamvis fructus post litis contestationem possessor tantisper percipiat. *d. l.* 25. §. *ult. de usur.*

(*z*) Fructus a ferendo dictus est, ut sit omne id, quod res ferat. Varr. 4. *de ling. Lat.* Quod vero non ex se, sed ratione rei percipitur, proprie in fructu non est, quamvis rei utilitatem contineat, ut usuræ, pensiones. *l.* 136. *de V. S. l.* 62. *de R. V. l.* 36. *de usur.*

(*a*) Usura, & ceteræ obventiones, quæ non ex corpore rei, sed propter rem civili ratione percipiuntur, fructusque civiles dici possunt, huc non pertinent. vid. *cap.* 72. *inf.*

(*b*) Ut poma, ligna, fœnum. *d. l.* 45. *de usur. l.* 51. *de V. S.* Quid ea, quæ ex animalibus percipiuntur? Plerique industrialibus adscribunt. *l.* 28. *de usur.* Non displicet Bart. opinio judicis arbitrium requirentis ad *l. ex diverso. de rei vind.* add. Covar. 1. *resol.* 3. *n.* 6.

(*c*) Ut segetes, vinum, oleum, legumina. *d. l.* 45. *l.* 78. *de rei vind.*

(*d*) Plus hic tribuitur bon. fid. possessori, quam fructuario, cujus fructus non fiunt, nisi ab eo percepti sint; hoc ideo quia bon. fid. possessor jure soli, ut dominus, fructus percipit, fructuarius non item. *d. l.* 25. §. 1. *de usur. l.* 13. *quib. mod. usufr.*

(*e*) *d. l.* 48. *de acq. rer. dom. l.* 28. *de usur. d.* §. 35. *Inst. de rer. div.* exemplo fructuarii, qui minus tamen juris habet. *d. l.* 25. §. 1. *de usur.*

(*f*) *l.* 22. *C. de rei vind. d.* §. 35. *l.* 4. §. 3. *fin. reg.* Pendentes pars fundi habentur. *l.* 44. *de rei vind.* Sit tibi instar omnium unus VVesemb. ad *d.* §. 35.

(*g*) Si ad perceptionem consumptio accesserit, tum demum irrevocabiliter fiunt bon. fid. possessoris. *dd. loc.* unde & eos solus lucrari dicitur. *d. l.* 4. §. 2. *fin. reg.*

(*h*) Igitur extantes ab iis vindicari, consumti condici possunt, neque de his tantum, quos percipit, sed & de iis, quos percipere potuit, tenetur. *l.* 5. *l.* 22. *C. de rei vind.* §. 1. *Inst. de off. jud.*

CAPUT XXIII.

De accessionibus rerum nostrarum.

De foetura hactenus: sequitur accessio. Ea est aut a fluminibus, aut ab hominibus. A fluminibus rerum mobilium, aut immobilium. Res mobiles agro nostro adjiciuntur aut vi fluminis, & tempestate, aut alluvione. Vi fluminis a vicino agro avulsa, si in prædia nostra disjecta fuerint, tunc iis cedent, cum coaluerint (*i*), & unitatem cum prædiis nostris fecerint. Alluvio est incrementum (*k*) fluminis latens, ita ut intelligi in difficili sit, quantum quoquo momento adjiciatur; ideoque quæ per alluvionem adjiciuntur, statim nostra fiunt. Ceterum in agris limitatis (*l*) alluvioni non est locus. Res immobiles beneficio prædii nostri, quod prope ripam est, duas adipiscimur (*m*); alveum a flumine relictum; & insulam in flumine natam vado cohærentem. Utrumque autem pro latitudine (*n*) cujusque prædii, quæ prope ripam sit.

Ab hominibus acquisitionis species sunt duæ, in quibus res nostræ alias ad se trahunt; confusio, & conjunctio. Confusio est duarum materiarum liquidarum invicem permixtio: & fit aut voluntate dominorum, aut citra eam: prior traditionis species est, posterior accessionis, de qua nunc quærimus. Si igitur sine voluntate dominorum † casu confusæ sint duorum materiæ; vel ejusdem generis, vel diversæ, nec deduci, aut separari possint, totum corpus, quod ex ea confusione fit, natura (*o*) cogente, commune efficitur pro (*p*) rata parte, quæ cujusquam antea fuit. Idem juris est, si unus ex dominis miscuit; utique si corpus inde confectum non in aliam speciem transierit; alioqui totum (*q*) facienti jure occupationis conceditur.

Quod si separari materiæ possint, nec † communio ulla intelligitur, nec species inde facta facienti cedit. Illud ignorandum non est, commixtionem ad hanc formam acquisitionis non pertinere; cum enim corpora, quæ miscentur, discreta manent, nihil est in singulis, quod aliud ad se (*r*) trahat, ac proinde nulla causa, cur dominia confundantur.

Conjunctio est, cum res ita junguntur, ut cohæreant, discreta tamen manente earum substantia. Jungendi ratio duplex: aut enim rebus nostris aliena juncta ita cohærent, ut iis quasi basibus innitantur: aut ita, ut sint tamquam additamenta, & ornamenta rei nostræ. Prioris generis species (*s*) quatuor; ædificium solo nostro inædificatum; arbores, plantæ, & sata in agro nostro, literæ chartæ inscriptæ, pictura tabulæ imposita. Quæcumque igitur in solo nostro ædificantur, seruntur, plantantur, ita ut infixa adhærescant, solo cedunt. Et generaliter (*t*), naturali ratione inspecta necesse est unumquodque ei rei cedere, quod sine illa esse non potest: quamquam (*u*) pictura non eodem jure, quo cetera, habeatur. Ut autem defendatur acquisitionis hujus æquitas, etiam iis prospiciendum fuit, qui rem suam inviti hoc jure amiserunt; proinde generaliter omnibus, si bona fide rem possideant (*x*) retentio data est, per quam sumptus, & impensas consequantur opposita, si res vindicabitur, doli mali exceptione. Tignum (*y*) alienum ædibus junctum est, id vindicare, stante ædificio, dominus non

(*i*) *l. 7. §. 2. 21. Inst. ff. h. t. l. 9. §.* Alfenus *de dam. inf.* Quamdiu autem pars ita avulsa nondum coaluit, manet ejus, cujus fuit; manet enim eadem species, seu idem individuum, ut loquuntur.

(*k*) *§. præterea. Inst. d. l. 7. §. 1. ff. eod.* Æquitas hujus acquisitionis est in eo, quod quæ alluvione accedunt, ita lente, & obscure detrahantur aliis locis, ut intelligi non possit, quorum prius fuerint, aut quibus detracta.

(*l*) *l. 16. ff. eod.* Sic hodie, quando ager a principe in feudum conceditur intra certos limites, ac fines præscriptos, ejus alluvionis (quod principes sibi vendicant, tametsi res controversa) cessare puto. De variis agrorum speciebus vid. Frontin. Agg. Urbic. & Hygen. ager autem limitatus quid sit, satis intelligitur ex *d. l. 16.* cui add. *l. 11. de evict.*

(*m*) *d. l. 7. §. 5. §. 13. Inst. eod.* quia tum populus eo amplius non utitur. *l. 30. § 1. eod.* Novus autem alveus ejus juris esse incipit, cujus & ipsum flumen est. Inundationis alia ratio est; nam cum ea fere repentina sit, fundum nec comminuit, nec dissolvit, nec planam terræ faciem excavat, aut agrum in aliam formam redigit. *d. l. 7. §. 6. l. 38. eod. §. 24. Inst. eod.*

(*n*) *§. 22. Inst. d. l. 7. §. 3. ff. eod.* Ratio hujus juris est, tum quia quantum loci insula occupat, tantum a finitimo loco flumen decerpsisse videtur: tum quia in hunc locum, & vicinos agros fluminis cursus depellitur. eleg. Tuning. ad *dd. §§.*

† *d. l. 7. §. 9. 27. Inst. eod. l. 9. §. 1. de rei vind. l. Lucus, §. 1. ff. h. tit.*

(*o*) Nam confusis materiis unaquæque alteram in sese per omnia confusam, & indiscretam habet, ut pars vel minima unius partem alterius sibi habeat adjunctam. Vis igitur naturæ superior hoc efficit, cui parendum.

(*p*) Si unius pars pretiosior etiam pretii habetur ratio. *l. 3. §. ult. l. 4. l. 5. §. 1. in fin. de rei vind.*

(*q*) De quo supra *cap. 19. l. 5. §. 1. de rei vind. d. l. 7. §. 7. h. tit.*

† Cessante nimirum superiore necessitate. *l. 12. §. 1. eod. d. l. 5. §. 1. de rei vind.* ex quib. locis temperandum quod generaliter scriptum est in D. *l. 7. §. sed etsi, ff. & in §. si duorum, Instit. eod. in fin.*

(*r*) Non magis, quam si pecora aliena meis pecoribus mixta fuerint. *§. 28. Inst. eod. D. l. 5. in p. de rei vind.* tantum laborabitur in exitu judicii, in quo ad arbitrium judicis recurrendum *d. §. 28. & d. l. 5.*

(*s*) Positæ in *d. l. 7. §. 10. & seqq. l. 9. in pr. & §. 1. & seqq. ff. & §. cum in suo, & 5. & seqq. Inst. eodem.*

(*t*) *l. in rem, 23. §. 5. de rei vind.* Naturale est, ut accessio sequatur rem principalem, sine qua illa consistere non potest. *l. 78. de R. J.*

(*u*) In pictura propter pretium ejus a naturali illa ratione recessum. *d. l. 9. §. 2. §. 34. Inst. eod.*

(*x*) *d. l. 7. §. ult. & pen. §. 30. 32. & 33. Inst. eod. l. 33. de cond. ind. l. 48. de rei vind. l. 14. de dol. mal. except.*

(*y*) *d. l. 7. §. 10. ff. §. cum in suo, Inst. eod. d. l. 23. §. pen. & ult. de rei vind. l. 1. de tign. junct.*

non potest, at est actio in duplum ex lege 12. Tabularum de tigno juncto. Porro, diruto ædificio, materiam ipsam vindicare, nisi jam duplionem acceperit, non prohibetur. Adversus eum, qui arborem alienam in suum transtulit; prodita est in factum (z) actio; Denique domino tabulæ, cui pictura imposita est, etiam (a) utilis vindicatio concessa.

Quæ ita cohærent, ut aliud alii, sive majori, sive pretiosiori cedat, varia sunt, ut si pes jungatur (b) fulcro, sigillum candelabro, gemma annulo. Hic domino alterius partis, quæ cessit, si res disjungi possit, actio (c) ad exhibendum datur; sin ferruminata sit, actio in (d) factum competit. Illud vero generaliter de omnibus præceptum esto: ubi furtum factum esse dicetur, ibi & actioni furti, & condictioni furtivæ, & vendicationi esse locum (e).

Modis rerum jure gentium acquirendarum cognitis, restabat locus tertius supra a nobis positus, de persona acquirentis, deque iis, per quos acquirere quis sibi potest; sed de eo in commune præcipietur commodius, ubi quæ sit acquirendi ratio jure civili cognoverimus.

CAPUT XXIV.

Quæ sit ratio rerum jure civili acquirendarum: ac primum de rebus corporalibus, & incorporalibus.

IN hoc jure tria hæc ordine, ut supra, excutientur: Res, an possit acquiri; forma acquirendi; acquirentis persona. Rerum, quæ hanc acquisitionem recipiunt, duo genera; corporales, & incorporales. Corporales (f) sunt, quæ tangi, & cerni possunt, ut (g) fundus, homo, vestis. Incorporales, quæ nec cernuntur, nec tanguntur, sed in (h) jure consistunt, & mente comprehenduntur. Incorporalia, aut per se consistunt, aut rebus, aut personis cohærent. Per se consistit sola hæreditas. Personæ cohærent obligatio, & in personam actio; rebus dominium, jus emphyteuticarium, superficiarium, servitutes, pignora. Ex his sola (i) hæreditas loco huic, & acquisitioni convenit; etenim obligationis substantia non in eo consistit, ut aliquid nostrum faciat, sed ut alium nobis (k) obstringat ad dandum, vel faciendum; ac proinde ad eum locum pertinet, in quo quæritur de eo, quod nobis debetur, quem secundo volumini assignavimus. Dominium non hujus tantum acquisitionis, sed etiam (l) naturalis illius effectum est. Cetera dominici juris sunt imminutiones, de quibus recte præcipi, nisi jure illo ante cognito, non potest. Sed nec omnes res corporales hoc jure acquisitionem admittunt; non illæ, quæ commercio exemptæ sunt, quarumve alienatio interdicta: præterquam quod liberi hominis gemina alienatio hic recepta, si (m) major 20. annis ad pretium participandum se venumdari passus sit; item si (n) filius a patre in extrema egestate fuerit venditus. Ex corporalibus igitur duo huic loco, reliqua, ea, quæ nullius sunt, & privata aliena; ac pro horum mutatione etiam forma mutatur acquirendi.

Ex rebus nullius una species occurrit, quæ ad hanc acquisitionem referenda sit, thesaurus, quatenus alii, quam inventori cedit, de quo (o) supra satis dictum. Res alienæ acquiruntur aut singulæ, aut per universitatem. Singulæ, aut dominis invitis aut volentibus. Invitis quidem multis de (p) causis res fisco acquiruntur; sed agimus nunc de jure inter privatos. Hic quintuplex fere acquisitio; aut ex delicto domini; aut ex liberalitate principis; aut ex pecunia nostra, qua quid emptum est; aut ex auctoritate transferentis; aut denique ex longa possessione justa, & usu acquirentis. Ex (q) delicto a domino abit, & in possessorem transit dominium ejus rei, quam vel invasit dominus, vel vi possessori eripuit. Quod a principe duobus donatum est, si unus sine hærede decesserit, pars

dece-

(z) Ex definitione d. l. 23. 5. §. *verf. ideoque, de rei vind.* ex sententia nempe *l. Aquilia*, ut ante dictum est, §. *ult. Inst. de leg. Aquil.*

(a) *d. l. 9. §. 2. verf. utiq. d. §. 34. Inst. eod.*

(b) *c. 26. §. 1. ff. eod. d. l. 23. §. 2. de rei vind. l. 19. §. pervenimus, ff. de aur. arg. leg.* si tamen Inst. *hoc tit.* ubi hæc regula tenenda. Semper, cum quæritur quid cui cedat, illud inspici, quid cujus rei ornandæ causa adhibetur. *d. l. 19.*

(c) *l. 6. ff. ad exhib. d. l. 23. §. 5. de rei vind.*

(d) *d. l. 23. §. 5. l. 14. de præsc. verb. in fin.*

(e) *d. §. 34. & §. 26. Inst. eod. l. 1. in fine & l. 2. de tign. junct.*

(f) Corporalia appellamus, quæ sub aspectum, sensumque cadunt. *l. 1. ff. de rer. div. Inst. eod. tit.*

(g) In specie, non in genere; siquidem universalia a sensibus remota sunt, teste Arist. 1. *anal. prior. c. 31.*

(h) *dd. loc.* quasi non per se, sed juris constitutione consistant, jus autem intellectus est, seu recta ratio, Platonici ideas appellant. Cicero in Top. notiones vocat, quamquam non ignoro, latius ista a Philosophis accipi, quam a Jureconsultis. Porro incorporalia omnia nostris impositia sunt, præterquamquod servitus, quæ ab inferiori loco debetur superiori, a natura est. *l. 1. §. penult. & ult. ff. de aq. & aq. pluv. arc.* idemque de ripis dici potest, quarum usus natura fluminibus debetur.

(i) Hæreditas absque ullo corpore juris intellectum habet. *l. 50. de hæred. pet.* ideoque non satis intelligenter a Cic. definita est in Top.

(k) *l. 3. in pr. ff. de obl. & act.*

(l) Neque enim assentior Don. qui omnia hæc juri civili adscribit. *Bonus hic dormitat Homerus.*

(m) §. *pen. Inst. de jur. perf. ex SC. Claudiano. tit. quib. ad lib. procl. non lic.*

(n) Ex constitutione Constantini. *l. ult. C. de pat. qui fil. distr.*

(o) *Cap. 19. de reb. null.*

(p) Quarum pleræq. enumerantur in t. 1. *de jur. fisc.*

(q) §. *pen. Inst. vi bon. rapt. l. si quis in tantum. C. unde vi*, sed hæc apud nos non servatur.

decedentis ipsos jure ad (r) fiscum pervenit. In pecunia (ſ) tributum militi, mulieri, quatenus pecunia dotalis est, aut donata viro, si non sit solvendo; (t) pupillo: si tutores ex ejus pecunia quid suo nomine comparaverint, & consequenter (u) reip. civitati, ecclesiæ, ut rem pecunia sua emptam utilibus in rem actionibus persequi possint, atque hactenus pro dominis † habeantur.

Auctoritas in hisce quatuor, quatenus id utilitas publica exigit: principe, magistratu, judice, fisco, Principis auctoritate creditori addicitur pignus, si emptorem non inveniat, sed alias (x) statim, alias post tempus. Eadem alienatio magistratui concessa; primo in rebus, quæ (y) alienationem flagitant, si hæres deliberet de adeunda hæreditate, aut de ea lis sit inter actorem, & possessorem; secundo in pignoribus ex causa judicati, aut ob indefensum absentem captis, quæ & distrahere (z) magistratui licet, & si per calliditatem debitoris non væneunt, creditorem pro debiti quantitate dominum constituere. Tertio, damni infecti nomine missus in possessionem secundo prætoris decreto † dominus ruinosarum ædium efficitur. Quarto, dominium servi ex noxali causa conventi, nec defensi actori eadem (a) auctoritate acquiritur. Tantundem judicibus permissum in (b) adjudicationibus, nempe in tribus illis judiciis divisoriis, familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum. Postremo fiscus singulari jure hoc consequitur, ut emptores suos statim (c) securos reddat.

CAPUT XXV.

De usucapionibus.

Restat usus, & longa possessio. Hic olim usucapio in rebus mobilibus, & prædiis Italicis, item longi temporis præscriptio in rebus immobilibus in provincia litis frequentabatur. Sublatis deinde rerum, temporis (d), effectorum differentiis, sola remansit usucapio in rebus omnibus, quam tamen nihilominus longi temporis præscriptionem appellare etiam nunc licebit, utique in re soli. Usucapio (e) est adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti. Summa (f) juris de usucapione constituti hæc est: Si quis rem a non domino accepit ex justa causa, & bona fide, eamque mobilem per triennium (g), immobilem per decem annos inter præsentes, per viginti inter absentes continenter possedit, is ejus rei dominus jure civili efficitur. Causas hujus acquisitionis prius examinabimus, deinde progredimur ad effecta, & quid usucapio tribuat, videbimus.

In causis tria hæc consideranda: persona tradentis: persona accipientis: res, quæ traditur. Principio in persona tradentis hoc unum exigimus, ut ne sit (h) dominus ejus rei, quam tradit. In persona accipientis quatuor hæc necessaria: primum, ut possideat; secundum, ut juste; tertium, ut continenter; quartum, ut per tempus lege definitum.

Principio exigimus, ut quis (i) possideat. Duo hic quærenda: unum, quid sit possessio, alterum quando eam quis recte constitutam obtineat. Possidere † in hoc argumento intelligitur, qui rem corporalem, quæ in commercio sit, aliis omnibus possessoribus vacuam animo dominantis tenet. Definitio hæc complectitur

(r) Non ad fiscum jure successionis. *l. un. C. si liberal. imp. soc. sin. hær. dec. lib.* 10.

(ſ) Vid. 8. *l. Cod. de rei vindicat. l.* 54. *ff. de jur. dat. l.* 55. *de donat. int. vir. & uxor. l.* 2. *quand. ex fact. tut. l.* 3. *C. arbit. tut.*

(t) Item minori, *arg. inscriptionis, quand. ex fact. tut. vel cur. l.* 8. §. 1. *de reb. eor. qui sub. tit.*

(u) *Arg. l. pen. C. quid ex caus. maj. l. ult. C. de sacr. eccl.*

† Pleraque hæc displicent Ant. Fab. 5. *conj.* 9. De re pecunia dotali comparata dissentit item Duar. secutus Accurs. in *l.* 22. §. *ult. sol. matr.*

(x) Si per calliditatem condemnati emptor non inveniatur. *l. ult. Cod. si in caus. jud. pign.* alias juxta formam *l. ult. C. de jur. Jur. dom. imp.* sed nec addictio in desuetudinem abiit utiq. apud nos.

(y) Quæ tractu temporis pereunt, aut deteriores fiunt, aut nimis sumptuosæ sunt, aut si æs alienum grave dissolvendum, quod sub pœna debetur. *l.* 5. §. 1. & *l.* 7. *ff. de jur. delib.*

(z) *Tot. tit. C. si in ca. jud. pign. c. l.* 15. §. 2. *&* 3. *de re jud.* Apud nos receptum, ut & creditor licitari, & emere ab executore possit, estque hæc optima via earum, quæ tradit Gloss. in *d. l.* 15. add. *l.* 26. *de pignor. act. l.* 9. *C. de bon. auct. jud. poss.*

† *l.* 15. §. *Julianus, & seq. ff. de damn. inf.* vid. *c.* 68. *lib.* 2. *inf.*

(a) Nec facile dominus adversus hanc auctoritatem restituitur. *l.* 2. §. *ult. si ex nox. ca.*

(b) §. 4. 5. 6. *& ult. Inst. de off. jud.* hæc autem adjudicandi potestas a leg. 12. tab. proficiscitur. *l.* 1. *fam. erciſc.*

(c) Quadriennio adversus fiscum jus aliquod sibi asserenti indulto §. *ult. Inst. de usuc.* 2. *&* 3. *de quadr. præscr.*

(d) *l. un. C. de usuc. transf. Inst. de usuc. in pr.* vid. præter Don. nostr. Rævard. ad *l. Scribon.* Con. 3. *Com.* 11.

(e) Definitio Modest. *l.* 3. *ff. eod.* Possessionem autem justam intellige, quæ sine titulo, & bona fide nulla est.

(f) Comprehensa dilucide in *d. pr. Inst. eod. l. un. C. de usuc. transf.*

(g) Ex subjectis ergo, sive materia distingui potest usucapio, ut alia sit rerum mobilium, alia immobilium.

(h) Alioqui statim res acquiretur per traditionem. §. 40. *Inst. de rer. div.* semel autem res quæsita usucapi non potest. *l.* 4. §. *lana. eod.* §. *sic itaque. inst. de act.*

(i) Sine possessione usucapio contingere non potest. *l.* 25. *ff. eod.*

† De etymologia, & definitione possessionis fuse, & eleganter disputat Duar. ad *l.* 1. *de acq. poss.*

plectitur & personam, & rem. In persona duo concurrere debent; detentio (*k*) naturalis; item animus is, ut tamquam rei (*l*) dominus possidere velit. In re tria desiderantur. Primum, ut sit res corporalis; incorporalia enim (*m*) natura detentionem non recipiunt. Secundum, ut sit (*n*) in commercio. Tertium, ut (*o*) vacua sit ab aliis possessoribus, etiam iis, qui (*p*) absentes animo possessionem retinent. Possessio duplex (*q*); justa, & injusta, sive civilis, & (*r*) naturalis; quamquam naturalis possessio nonnunquam abusive pro (*s*) nuda detentione accipitur; quæ nominis ambiguitas discretu facilis, si personæ possessorum observentur.

CAPUT XXVI.

De acquirenda, & amittenda possessione.

De obtinenda possessione gemina quæstio, una est, quomodo acquiratur; altera, quibus modis quæsita amittatur. Omnis possessio sive justa, sive injusta acquiritur (*t*) animo, & corpore, neque per se animo, neque per se corpore tantum. In animo est, ut velimus possidere. Animum hunc (*u*) tria impediunt: ipsa natura, ubi velle non possumus, ut furiosus, dormiens; rei incertitudo; item cum, etsi possumus, tamen nolumus, ut colonus. Corpore adipiscimur possessionem tribus modis, aut enim ipse corporis actus interveniat, quod in rebus, quæ ab aliis non traduntur (*x*) necessarium; aut id, quod vice naturalis apprehensionis fungitur; aut cum (*y*) instrumenta de re conscripta traduntur. Vice naturalis apprehensionis est, cum res custodiæ, & potestati nostræ subjicitur, quod contingit quatuor (*z*) modis; possessione in re præsenti oculis, & affectu accepta; clavibus apud locum, in quo res inclusæ sunt, traditis; rebus, quæ facile moveri non possunt, custode apposito: item re domi nostræ nobis jubentibus deposita. Animo possessionem acquirere non possumus, nisi nostro; at corpore etiam (*a*) alieno, in quo utimur aut ejus ministerio, qui nobis possessionem tradit, aut alterius: ejus, si constituit nostro (*b*) nomine possidere, aut verbis apertis, aut re, & facto: pura conducendo rem tradendam, aut usumfructum ejus retinendo: Alterius (*c*), quisquis rem accipiens nostro nomine velit possidere; ubi & (*d*) animum, & corpus simul exigimus; verum hoc nonnisi volentibus nobis.

Amittitur possessio invitis dominis, aut volentibus. Invitis, si tres illæ causæ in (*e*) contrarium verterint, ex quibus possessio ab initio constabunt. Hæ sunt conditio rei, personæ, & potestas naturalis. Ex conditione (*f*) rei possidere quis desinit, si res hominum commercio sit exempta, aut in aliam speciem translata. Ex conditione personæ, si possessor ab alia (*g*) possideri ceperit. Ex potestate naturali, si amplius, cum velit, apprehendere rem (*h*) corporali-

(*k*) Possessio detentio est. *d. l.* 1. Ita tamen, ut quæsita semel corpore, animo retineatur. *l.* 44. *in fin. & seq.* D. *tit.* Duar. *d. loc.*

(*l*) Ut remotione eorum probari potest, qui rem quidem tenens, sed non ut suam: ut fructuarius, colonus, creditor. *l.* 33. *de usuc.* §. 4. *Inst. per quas person. l. pen.* §. 2. *qui satisd.* Duo sunt, qui quamvis non affectu domini rem tenent, vere tamen possident, sequester, apud quem possessio deposita est. *l.* 17. *de poss.* item is, cui possessio tradita est, ut eam postea restituat. *l.* 17. *in fin. de acq. poss.* Sed nec hic quoad effecta usucapionis pro possessoribus habentur.

(*m*) Ideoque nec usucapionem. *l.* 24. *ff. de servit. l. ult. d. tit.* Est tamen earum rerum quædam quasi possessio, & usucapio, de qua *infr. c. ancep.*

(*n*) §. 1. *Inst. eod. l.* 30. §. .... *de acq. poss.* quippe conditio harum rerum nec dominium, nec usum privatum admittit.

(*o*) Siquidem placuit duos in solidum eamdem rem possidere non posse. *l.* §. *ex contrario. de acq. poss. l.* 5. §. *ult. commod.*

(*p*) *l. clam.* 6. §. 1. *de acq. poss. l. Licet.* C. *eod.* eamdem nimirum ob causam.

(*q*) *d. l.* 3. §. *ex contrario.* vel conjuncta cum bona, aut mala fide. *d. l.* 3. §. *pen.* módo ne illa titulo careat; quæ mens est Paul. in *d.* §. *pen.* Nam bona fide quem possidere posse etiam absque titulo constat. *l.* 45. *de usur.* injuste tamen. *l.* 26. *de don. inter vir. l.* 16. *h. tit. de acq. poss.*

(*r*) *l.* 1. §. *dejicitur. und. vi.* injusta possessio naturalis dicitur, quia naturali tantum detentione defenditur, non jure civili.

(*s*) *l.* 2. §. 1. *pro hered. l.* 7. §. 11. *ff. comm. divid.*

(*t*) *l.* 3. §. 1. *l.* 8. *ff. hoc tit.* vid. Duar. ad *hunc tit. cap.* 2. & ad *l.* 3. §. 1.

(*u*) *l.* 1. §. 3. *d. l.* 3. §. 12. *l.* 41. *ff. eod.* Per liberam personam ignoranti quidem acquiri possessio potest. *l.* 1. C. *eod.* attamen nonnisi volenti. *l.* 23. *de acq. rer. domin.* Earum rerum, quas servi, aut filiif. peculiariter tenent, possessio etiam ignorantibus acquiritur, sed voluntate nostra, qui eis peculium habere permisimus. *d. l.* 3. §. 5.

(*x*) *d. l.* 1. §. 1. *l.* 3. §. *Heratius. l.* 23. *eod.* atque hæc ratio adipiscendæ possessionis maxime naturalis est. *d. l.* 1. Ceterum in iis, quæ ab aliis traduntur, non necessaria, nisi si quis ea uti velit: ac ne tum quidem necesse est, si quis fundum possidere velit, omnes glebas circumambulare, sed sufficit quamlibet partem introire. *d. l.* 3. §. 1.

(*y*) Quod civili ratione magis, quam naturali receptum. *l.* 1. C. *de don.*

(*z*) Quod videre est in *l.* 1. §. *pen. l.* 18. §. 2. *l.* 51. *ff. eod. l.* 9. § 6. *de acq. rer. dom. l.* 74. *de cont. emp.*

(*a*) *d. l.* 5. §. 12. *l.* 9. *eod. l.* 53. *de acq. rer. dom.* In iis enim, quæ corporis ministerio geruntur, nihil interest nostro corpore, an alieno utamur. *d. l.* 18. *in pr.* ut autem velimus in aliis esse non potest.

(*b*) *d. l.* 18. *l.* 77. *de rei vind. l.* 28. C. *de don.*

(*c*) Sive is procurator noster est, sive amicus, sive quilibet extraneus. *d. l.* 53. *de acq. rer. dom. l.* 9. *hoc tit.* § *ex his. Inst. per quas pers. l.* 1. C. *eod.*

(*d*) Quapropter & ille, per quem volumus possidere, talis esse debet, ut habeat intellectum. *d. l.* 1. § 9. 10. *eod.* & ut velit nostro nomine possidere. *d. l.* 1. §. 19, *& seq. l.* 37. §. *ult. de acq. rer. dom.*

(*e*) *l.* 8. *eod.* l. *fere.* 153, R. J.

(*f*) *l. qui universas,* 30. §. 1. & 4. *eod.*

(*g*) *d. l.* 3. §. 3. adeout ab hostibus captus, ne reversus quidem possessionem recipiat. *l.* 23. §. 1. *eod. l. denique. quib. ex cap.* Mai.

(*h*) Regula de Mobilibus tradita in *l.* 3. §. *Nerva. eod.* sed quæ de immobilia non minus pertinet. *argum. l.* 1. *eod.*

taliter non valeat. Ceterum aliter hic amittitur possessio in rebus immobilibus, aliter in mobilibus. Rerum immobilium possessionem amittimus aut (*i*) inundatione maris, & fluminis, aut vi prædonum, aut jussu magistratus. Rebus inundatione occupatis, etiam ignorantibus nobis, possessio amittitur statim. Vi prædonum, si ii rem invaserunt nobis scientibus (*k*) Jussu magistratus, si qui decreto (*l*) magistratus possidere jussi sunt: neque hic possessoris scientia opus. Rerum mobilium possessionem tunc a nobis abiisse intelligimus, cum eas, si velimus, recuperare non possumus. Contingit hæc amissio aut rapina, aut (*m*) furto, aut subductione rei (*n*) fortuita, veluti, si quid in flumen deciderit, ut mergeretur, aut si fera se in naturalem (*o*) libertatem receperit. Servi, qui in fuga est, dissimilis est (*p*) ratio, nisi aut ab alio possessus sit, aut pro libero se gerat.

Volentibus nobis amittitur possessio uno tantum modo; si hoc animo simus, ut (*q*) nolimus possidere. Id aut verbis aperte declaratur, aut rebus ipsis, & factis arguitur. Factorum duo genera: alienatio (*r*) omnis rei possessæ; itemque retentio ad solam rei (*s*) detentionem comparata; ut puta is, qui rem possidebat, precario eam rogavit, aut (*t*) conduxit, aut is, qui suo nomine possidebat, constituit alieno nomine possidere. Quamdiu autem animus amittendæ possessionis aberit, possessio rebus integris retinetur, licet corpore quis e fundo (*u*) exierit. Porro quæ ratio est amittendæ possessionis, cum per nosmetipsos possidemus, eadem transferenda est & ad eos, qui nostro nomine sunt in possessione, ut si hi aut (*x*) dejecti fuerint, aut sponte possessionem aliis (*y*) tradiderint, aut iis mortuis, alius eam occuparit, nos possidere desinamus.

CAPUT XXVII.

Justam possessionem esse oportet.

SEcundum, quod in acquirentis persona desideravimus, est, ut juste possideat. Ad possessionem justam tria hæc necessaria; causa justa, ex qua possessio traditur; bona fides accipientis; voluntas ejus, qui possessionem ad alium transfert. Causam justam apellamus titulum, quia (*a*) idoneus est ad dominium transferendum. Causa hæc aut a privatis est; aut a judice; aut a magistratu; aut a nullo, sed ab ipsa rerum conditione. A privatis, si quid ab his (*b*) dominii transferendi causa traditur, solvitur, datur, derelinquitur. A judice, in (*c*) adjudicationibus, quæ fiunt in judiciis divisoriis. A magistratu, quibus in causis dominium, aut (*d*) possessionem transferre potest. A nullo, quæ sola occupatione, si nullius essent, statim nostræ fierent. Hinc titulus possessionis specialis (*e*) pro suo.

Enim vero veram esse causam oportet, cum falsa nostra existimatio rei (*f*) veritatem non mutet, nisi quod alieni facti ignorantia sit (*g*) tolerabilis.

Bona fide possidere intelligitur, qui eius rei, quam ex justa causa accepit, se dominum

(*i*) *d. l.* 3. §. *Labeo*, 17. *d. l.* 30 §. 3. *eod.* aliter atque cum quid occupatum est ab homine. *l.* 6. §. 1. *eod.*

(*k*) Quamdiu autem id ignoramus, aut scimus quidem, sed redire constituimus, occupatio possessioni, quam animo retinemus, non nocet. *d. l.* 6. *in fin. l.* 25. §. *ult. l.* 45. *ff. eod.* nisi metu aliquo territi accedere nolimus. *d. l.* 1. §. *si quis*, 8. *eod.* add. *l.* 5. *de usuc.* & *tot. tit. ff. und. vi.*

(*l*) *d. l.* 3. §. *ult. eod.* quibus autem ex causis dominium transferre magistratus potest, ex iisdem multo magis possessionem. *arg. l.* 21. *de reg. jur.*

(*m*) *l.* 15. *l.* 47. *ff. eod.* etiamsi ignorantibus nobis furto fuerint ablatæ. *d. l.* 37.

(*n*) *d. l.* 3 §. *Nerva. l.* 13. *in pr. l.* 25. *eod.*

(*o*) Quo casu & dominium amittitur, si res ad nos pertineat. *l.* 5. *de acq. rer. dom.*

(*p*) Reddita ab Ulpian. in *princ. d. l.* 13. & explicatius a Cajo in *l.* 15. *eod.* add. *l.* 1. §. 14. *l.* 3. §. 10. *eodem.*

(*q*) *d. l.* 3. §. 6. *l.* 17. §. 1. *eod.* etiamsi corpore in fundo maneamus. *d. l.* 3. *d.* §. 6. *l.* 44. *in fin. eod.* ut sic corpore simul possessio amittatur; neque enim dici potest corpus possidere remoto animo, in quo solo tenendi affectio; Igitur in amittenda possessione utrumque semper in contrarium agitur. vid. & Duar. ad *d. l.* 3. §. 6.

(*r*) *l.* 1. §. 4. *eod.* etsi furiosa. *l.* 18. §. 1. aut ea mente tradita sit, ut restituatur. *l.* 17. §. 1. *eod.*

(*s*) *d. l.* 18. *in pr. l.* 6. *pro empt. l.* 19. *h. tit.*

(*t*) Nisi se possidere ignoret, aut dominus sit rei possessæ. *l.* 28. *eod.*

(*u*) *d. l.* 3. §. 7. & *seqq. l.* 6. *in fin. eod.* licet neque servum, neque colonum in fundo reliquerimus. *l.* 44. *in fin. eod.* Quod utilitatis causa receptum est, ne testudinis more perpetuo domi nos continere, aut possessionem amittere cogamur. Duar. 1. *Disp.* 18.

(*x*) *l.* 1. §. 22. *unde vi. l.* 33. §. 4. *de usuc. l.* 40. §. 1. *h. tit.*

(*y*) Quid si sponte decesserint, aut alii prodiderint possesionem? certum est ex const. Just possessionem retineri. *l. ult.* C. *eod.* de cujus sententia videri potest Ant. Fab. 4. *err.* 2. & *seqq.*

(*a*) Ut emptio, donatio, & similes. *Inst. de usuc. in pr. l.* 5. & 6. C. *de acq. poss.* nullo justo titulo possidentes ratio juris quærere dominium prohibet. *l.* 24. C. *de rei vind. l.* 4. C. *de long. temp. præsc.*

(*b*) Cujus generis pleræque commemorantur in *l.* 3. §. *antep. de acq. poss.* & propriis titulis comprehensæ tum in *ff.* tum in C.

(*c*) Si de alienis fundis tamquam communibus actum fuerit. *l.* 17. *de usuc.* alioqui statim res ejus fit, cui adjudicata est. § *ult. Inst. de off. jud.*

(*d*) *d. l.* 3. *in fin. de acq. poss.* siquidem juste possidet qui auctore prætore possidet. *l.* 11. *d. tit.*

(*e*) *l.* 2. *pro suo*. Generaliter autem quisquis ex justa causa possidet, pro suo possidere dicitur. *l.* 1. *eod. tit.* Ex speciali titulo certa usucapio, ex generali nulla, nisi specialis aliqua causa, emptio, donatio, &c. præcesserit. *l.* 27. *de usuc.*

(*f*) §. *error. Inst. eod. tit. l. ult.* C. *de usuc. pro don.* plene Celsus in *d. l.* 27.

(*g*) *l. ult. pro suo*. Nonnunquam etiam in facto nostro justus error. vid. *l.* 2. §. 15. & 16. *l.* 11. *ff. pro empt.*

num (*h*) effectum putat. Positum hoc duabus in rebus; ut putet eum, qui tradit, jus transferendi habere; item sibi jure usucapere (*i*) licere. Sufficit autem (*k*) ab initio bona fide possessionem nancisci. Tertium necessarium ad justam possessionem, ut rem (*l*) voluntate ejus, a qua possidendi causa est, accipiat. Quod contingit, si aut ipse auctor rem tradat, aut is, cui hoc ab auctore mandatum.

CAPUT XXVIII.

Possessionem continuam legitimi temporis requiri.

TErtium, quod in facto possessoris requiritur; est possessionis continuatio. Interrupta (*m*) possessio, quantumvis justa ab initio, ad usucapionem nihil prodest. Interruptio duplex; naturalis. & civilis. Naturaliter interrumpitur, & usurpatur possessio, cum eam vere amittimus, sive (*n*) inviti, sive volentes; præterquam si in persona successoris retineatur; de quo mox. Civiliter interrumpitur possessio litis (*o*) contestatione: cum tamen nihilominus naturaliter, & vere corpore, atque animo possideamus. Itaque impleta inter moras judicii usucapio (*p*) effectu juris nemini prodest; verum hoc ita, nisi quis aut judicio sit (*q*) absolutus; aut victus (*r*) quidem, sed litis æstimationem sufferre maluerit: cum res inter alios acta aliis non præjudicet.

Quartum est, ut possideat per tempus lege definitum. Quodnam illud sit, ostendit superior definitio; triennium videlicet in rebus mobilibus, in † immobilibus decem anni inter præsentes; inter absentes viginti. Præsentes hic accipimus, qui sunt in † eadem provincia, absentes contra. In computationem temporis hoc observandum ne a (*s*) momento in momentum computetur, sed dies postremus cœptus pro impleto habeatur.

Illud jure (*t*) receptum est, ut ad possessionem tot annorum implendam alienæ possessionis accessione successor utatur. Successor aut est rerum singularum, ut emptor, donatarius; aut juris universi, ut hæres, bonorum possessor, Successori in rem auctoris sui, qui bona fide possedit, & a quo rei acquisitæ causam habet, possessionis accessio prodest, si & ipse bonæ fidei (*u*) possessor sit. Vitiosa autem auctoris possessio ei neque (*x*) nocet, neque prodest. Universi juris successus vel invitus in (*y*) vitium defuncti succedit; cujus tamen bona possessio vitiosæ possessioni † hæredis ad usucapionem implenda accedit. Quinimo placuit cœptam usucapionem a defuncto hæredi ante aditam hæreditatem (*z*) impleri.

CAPUT XXIX.

Quæ res usucapi non possint, & de effectu usucapionis, jurisque de ea constituti ratione.

ATque hæc quidem in persona tum tradentis, tum acquirentis necessaria: nunc quæ res usucapionem non recipiant videamus, quod unum

(*h*) *l. 27. de cont. empt. l.* 109. *de V. S.* vid. *c. 22. sup.* unde item intelligitur ignoranti non procedere usucapionem, licet possessio ei quæratur. *l.* 49. §. *ult. ff. l.* 1. C. *de acq. poss.* plane servi, & filiif. ex causa peculiari acquirunt possessionem, & usucapiunt etiam ignorantibus nobis. *l.* 1. §. *item acquirimus, d. tit.*

(*i*) *l.* 32. §. 1. *de usuc.* mala enim fide possidet, quicumque putat sibi acquirere non licere *d. loc.*

(*k*) Jure civili bene ceptam usucapionem non impedit scientia rei alienæ postea superveniens. *l. un.* C. *de usuc.* §. *diutina. Inst. eod.* etsi fructus non acquirantur. *l.* 48. §. 1. *de acq. rer. dom.* Jure Canonico continua bona fides requiritur *cap. fin. de præscr.* quo jure utimur.

(*l*) Cum sine ea ne a vero quidem domino res transferatur. vid. *l.* 5, 33. 34. *penult.* §. *ult. de acq. poss. l.* 2. C. *eod.*

(*m*) *l.* 2. C. *de præscr. long. temporis.* idq. ex definitione usucapionis satis intelligitur. *l.* 3. *de usuc.*

(*n*) Veluti cum vi de possessione dejiciuntur, aut res nobis eripitur. *l.* 5. 15. 21. 33. *ff. de acq. poss.*

(*o*) *l.* 10. C. *eod.* ac tametsi fortasse nullibi legatur civiliter interrumpi usucapionem: tamen cum naturaliter eam interrumpi quibusdam casibus legamus, vel ex eo intelligitur esse & civilem quamdam interruptionem.

(*p*) *l.* 2. *l. antep.* C. *de præs. long. temp.* & possessor victus restituere rem cogitur, perinde quasi non usucepisset. *l.* 18. *de rei vind.*

(*q*) Quippe judicium reo absolute nunquam nocet: igitur & hic in suo loco manere debet possessio. §. 4. *Inst. de interd.*

(*r*) *l.* 2. §. *ult. pro empt. l.* 2. C. *quiq. res jud. non noc. tot. tit.* C. *res int. al. act. al. non noc.*

† Plerique putant jure civili in hoc derogatum constitutione quadam principis Jacobæ, ut nulla jam sit apud nos immobilium præscriptio infra 30. annos, sed vix est ut hoc obtineat, ut accepi a disertissimis quibusque causarum patronis. Apud Zelandos certum tempus constitutum. 20 anni inter præsentes, inter absentes 30.

† *t. ult.* C. *de præs. long. temp.*

(*s*) *l.* 6. *de usucap.* Hoc est, ab hora ad horam, ut intelligere licet ex *l.* 3. §. 3. *de min.*

(*t*) Benigna juris interpretatione. *l.* 14. *de div. temp. præs.* nam & hæc possessio, quæ in facto, & detinendo posita est, ex jure mutuatur, ut pleraque alia. *l.* 49. *de ac. poss.* add. §. *pen. & antep. Inst. de usucap. d. l.* 14. §. 1. *de div. temp. præsc.*

(*u*) Nam vitiosæ possessioni nulla, ne justa quidem, potest accedere. *l.* 13. *in fin. de ac. poss.*

(*x*) *l.* 5. *de div. temp. præs.* non nocet, si emptor bonum initium habeat, neque continuatione uti velit, non prodest, si accessione auctoris uti postulet. *d. l.* 13. §. 1. *& in fin. de acq. poss. l.* 177. *de R. J.* Quod si vitium possessionis non in persona auctoris, sed in ipsa re sit, indistincte nocet. *l.* 24. *in pr. &* §. 1. *de usuc.* ex quo item loco hæc vitiosæ possessionis distinctio petita.

(*y*) *l.* 11. *de div. temp. præscr.* in re enim hæreditaria persona, & jus defuncti, in quod hæres succedit, non ipsius hær. spectatur. *l.* 6. *de R. J.*

† *d.* §. *antep. l.* 43. *eod. l.* 2. §. *pen. pro empt.* propter eamdem scilicet rationem huc pertinet *l.* 22. *eod.*

(*z*) *l.* 40. *eod. l.* 6. §. *ult. l.* 7. *pro empt.* sed hoc ita, nisi medio tempore ab alio res possessa sit. *l.* 31. §. *pen. eod. l.* 6. *in fin. pro empt.*

unum ad constituendam usucapionem superest. Rerum, quæ usucapionem non admittunt, duo sunt genera: quædam enim per se, & natura sua usucapionis non sunt capaces; quædam juste prohibentur longo usu acquiri. In priore genere sunt res omnes, quæ non sunt in (*a*) commercio, ut liber homo, res sacræ, religiosæ, & similes: item res (*b*) incorporales, ut servitutes, quæ tamen effectu juris diuturno usu, & longa quasi possessionem perinde ut res corporales acquiruntur, & quasi usucapiuntur. In secundo genere sunt, quæ lege usucapi prohibentur, aut tacite, aut aperte. Tacite earum rerum omnium interdicta esse usucapio intelligitur, quarum prohibita est (*c*) alienatio, ut sunt res (*d*) pupillorum (*e*), minorum item omnium 25. annis, fundus dotalis. Nominatim interdicta usucapio, aut ob favorem dominorum, aut propter odium possidentium. Ob favorem dominorum nominatim prohibitæ usucapi res (*f*) fisci (*g*), imperatoris. res adventitiæ (*h*) filiorumfam. quamdiu potestatis nexibus adstricti: res omnes locis (*i*) venerabilibus, aut miserabilibus personis relictæ; res ecclesiasticæ. In odium possessorum prohibita usucapi (*k*) tria rerum genera: furtivæ, vi possessæ, præsidi contra legem Juliam datæ. Sed hoc ita, nisi hæ res in potestatem (*l*) domini redierint.

De caussis usucapionem perficientibus dictum: subnectamus effecta, & an nihil iniqui habeat exquiramus. Effectus usucapionis (*m*) duplex; Unus est, ut, qui usucepit, pleno jure dominus efficiatur. Jus pignoris tamen, & ususfructus cum dominio nihil (*n*) commune habent. Effectus alter, ut prioribus dominis dominium auferatur. Introducendæ usucapionis justa caussa, bonum publicum, ne scilicet quarumdam rerum diu, & fere semper dominia in (*o*) incerto essent. Utilitas publica in eo, ut agri diligentius colantur; deinde ut occurratur (*p*) litibus, quas rerum cujusque incertitudo parit. Quamobrem optimo jure æquitas hujus acquisitionis (*q*) defenditur, præsertim cum (*r*) idonea tempora præstituantur, quæ abunde dominis sufficiant ad inquirendas res suas, & interpellandam usucapionem: quod si neglexerint, voluntate sua quodammodo rem † alienasse videntur.

CAPUT XXX.

De fisci traditione, & longissimi temporis præscriptione.

QUod si quid ex tribus illis caussis, quas supra commemoravimus, defuerit, nec sequetur usucapio. (*ſ*) Hinc igitur, aut perpetuo impeditur usucapio, aut ad tempus: Perpetuo impediunt res commercio hominum exemptæ: item si quis (*t*) alieno nomine possideat, ut colonus, inquilinus, & id genus alii. Ceterum traditione fisci, aut longissimi temporis præscriptione, etsi mala fide, continenter tamen quis possederit, domini a rebus suis excluduntur. Fisci traditione is qui accipit, statim securus fit (*u*) quadriennio adversus fiscum jus aliquod in ea re sibi adserenti indulto. Præscriptione triginta annorum omnes (*x*) actiones tam in rem, quam in personam excluduntur. At res (*y*) ecclesiasticæ, item miserabili-

(*a*) Harum enim rerum natura acquisitioni qualicumque repugnat. *l.* 6. *in pr. de cont. empt.* & consequenter usucapioni. §. 1. *Inst. eod.* & *l.* 8. *ff. eod.*

(*b*) *l.* 43. §. 1. *de acq. rer. dom.* *l.* 14. *de servit.* in quibus tamen longæ quasi possessionis acquisitioni locus. *l.* 10. *si serv. vind.* *l. ult. in fin.* C. *de long. temp. præs.* de qua suo loco inter servitutes.

(*c*) Cujus species quædam est usuc. *l.* 28. *de V. S.*

(*d*) Rem pupilli usucapi non posse diserte scriptum est in *l.* 48. *in fin. princip. de acquirend. rer. dom.* Fundi dotalis alienatio *l. Julia prohibita.* *l.* 4. *de fund. dot. in pr. Inst. quib. al. lic.* quam legem hoc ipso ad usucapionem pertinere non dubitat Triphon. *l.* 16. *de fund. dot.*

(*e*) Earum quidem, quæ servando servari possunt, similiter usucapio interdicta esse intelligitur, quia sine decreto alienari vetitæ. *l.* 12. C. *de adm. tut.* tametsi hoc displiceat Duar. *ad tit.* C. *si adv. usuc.* & Cujac. 24. *obs.* 14. sed nec earum, quas alienare licet, ullam esse puto usucapionem post *const. Justin.* *l. ult.* Cod. *in quib. caus.*

(*f*) *l.* 18. 24. §. 1. *ff.* §. 4. *Inst. eod.* sed bona vacantia fisco nondum nunciata usucapi possunt. *d.* §. 4. quippe antea non videntur fisco acquisita. *l.* 1. *de jur. fisc.*

(*g*) Tit. C. *ne rei dom. vel templ. vind. temp. præscrib. lib.* 7. *tit.* 38.

(*h*) *l.* 1. §. *ult.* C. *de ann. exc.* ex quo loco & beneficii hujus ratio petatur.

(*i*) *l.* 2. C. *ne rei dom. vel temp.* *l. ult.* Cod. *de sacros. eccl.*

(*k*) §. 2. *Inst.* *l.* 33. *in princ.* & §. 2. *ff. eod.* *l. pen. de l. Jul. rep.* *l.* 48. *in fin. de acq. rer. dom.* quæ prohibitio non tam ad injustos illos possessores pertinet, quam ad alios, ad quos, res justa licet ex caussa bona fide pervenit, quo pertinet *l.* 24. *ff. eod.*

(*l*) Tunc enim, vitio rei purgato, procedit usucapio. §. 3. *Inst. d.* *l.* 24. §. 1. *eod. d. l. penul. de l. Jul. rep.* qua de re late disputat Paul. in *l.* 4. §. 6. & *seq. eod.*

(*m*) Utrumque ex definitione usucapionis satis intelligitur. Est enim usucapio acquisitio dominii. *l.* 3. *eod.* duorum autem idem jus in solidum esse non potest. *l.* 5. § *ult. commod.*

(*n*) Ac proinde usucapione non extinguuntur. *l.* 44. C. 5. *eod.* *l.* 7. C. *de pign.*

(*o*) *l.* 1. *ff.* & *Inst. eod. in pr.*

(*p*) Unde a Cic. *pro Cæcin.* finis sollicitudinis, & periculi litium vocatur; eadem ratio redditur in *l. ult. pro suo.*

(*q*) Ad quam defensionem tametsi fortasse singulæ hæ rationes per se non satis firmæ, plurimum tamen valent concervatæ.

(*r*) Quæ ratio redditur in *d. l.* 1. & *d. pr. Inst. eodem.*

† Vix enim est, ut non videatur alienari qui patitur usucapi. *l.* 28. *de V. S.*

(*ſ*) Propter rerum conditionem, qua nulla unquam detentione mutatur, dixi *sup. c. preced.*

(*t*) *l.* 2. & 7. §. *ult.* C. *de præsc.* 30. *vel* 40. *ann.*

(*u*) §. *ult. Inst. de usuc.* *l. ult.* C. *de quad. præsc.*

(*x*) *l.* 3. & 4. Cod. *de præsc.* 30. *annor.* *l.* 1. C. *de ann. exc.*

(*y*) Ante gaudebant 100. ann. præscriptione. *l. ult.* C. *de sacros. eccl.* quod immutatum postea No. 111. & 136. *cap.* 6.

bilibus personis relictae, pignus (z), si debitor, haeresve ejus id possideat, actiones denique omnes judicio semel (a) inclusae nonnisi 40. annorum spatio praescribuntur. Praeterea & res civitatis (b) centum annorum praescriptione gaudent. Interruptio quoque cursus annorum in superioribus post deinde 40. annorum praescriptionem inducit. Interruptionis hujus causae, aut communes omnium actionum, aut actionis in personam propriae. Communis in omnibus actionibus aetas, & conventio. Ætas tum impuberum, tum puberum. Adversus impuberes, ut nulla incipit, ita nec cepta ulla (c) currit praescriptio; adversus puberes ea tantum, quae est 30. aut 40. annorum. Conventio, si judicialis (d) est, omnem praescriptionem temporis interrumpit. Propria in personalibus actionibus (e) duplex: si creditor pignus apud se sine vi aliquamdiu detinuerit adversus extraneum; item si debitor novam (f) cautionem creditori exposuerit. Cedit autem praescriptio ex eo demum tempore, ex quo (g) agi posse coepit. Praescriptionis hujus non idem effectus, qui usucapionis; nam si quis postea possessione exciderit, adversus dominum veterem nulla ei actio, nisi bona fide ab initio possederit; adversus ceteros ita demum utilis in rem competit, si aut bona fide possederit, aut vi ab iis fuerit expulsus. Possidens praescriptione temporis, id est, exceptione tempore quaesita, adversus omnes munitus est †.

CAPUT XXXI.

Quibus modis res singulae acquirantur jure civili volentibus dominis.

INtelleximus quibus modis citra dominorum voluntatem res singulae ad nos transeant; nunc exponendi locus est, quibus modis voluntate dominorum res acquirantur jure civili. Acquisitiones hujus generis duae: quarum in una † additur aliquid jure naturali, in altera detrahitur. Additur in donationibus, quae 500. solidos excedunt, siquidem hae omnes praeter traditionem, qua (h) sola jure gentium dominia transferuntur, paucis exceptis (i), insinuationem desiderant. Sed de toto hoc jure dicetur in secundo volumine explicatius. Detrahitur, cum citra traditionem res acquiritur. Datum hoc alias personis quibusdam, alias causae acquirendi; de quo aliud in contractibus, aliud in supremo judicio observatur. De contractibus hoc generaliter praeceptum esto; nunquam in contractibus ne jure quidem civili citra (k) traditionem dominia rerum transferri. Excepta hic favore personarum corpora tria; civitas, ecclesia, loca religiosa, & pia. Iis datum, ut si quid emerint, vel aliter quid contraxerint, statim sine rei traditione in †† rem actionem habeant. Favore causae supremae (l) voluntati in universum tributum in legatis, & fideicommissis, quae jam exaequata, ut rei testatoris ex causa legati, aut fideicommissi pure relictae, & a legatario agnitae, dominium sine ulla traditione (m) recta via a defuncto ad legatarium transeat, quasi nec prius factum haeredis. De quo genere acquisitionis postea uberius; nec enim patitur argumenti conjunctio hanc tractationem a re testamentaria separari.

CAPUT XXXII.

Quibus modis per universitatem res nobis acquirantur.

HÆc fuit acquisitio juris civilis rerum corporalium singularum. Reliquum est disquiramus, qua ratione per universitatem res nobis acquirantur. Universitas, hic est juris alieni (n) universi comprehensio. Per universitatem igitur

(z) Hypothecaria cum movetur adversus debitorem, ejusve haeredem, 40. annis excluditur. *l.* 7. §. 1. C. *de praesc.* 30. *ann.* cum adversus extraneos bona fide possidentes, 10. & 20. mala fide 30. *l.* 1. & 2. C. *si advers. cred. praesc. l.* 7. *in pr.* C. *de praesc.* 30. *ann.* quamquam & ubi bona fide possidetur, 30. annos requiri senatum hujus Provinciae judicasse referunt, vid. Pap. *lib.* 12. *t.* 3. *art.* 6. & *seq.*

(a) Et deinde silentio omissae; computaturque hoc spatium ex tempore novissimi silentii. *l. ult.* C. *d. tit. l.* 1. §. 1. *in fin.* C. *de anni exc.*

(b) *d. l. ult.* Cod. *de sacros. eccl.* in quo nihil innovatum.

(c) *l. ult.* C. *in quib. ca. in int. rest. l.* 3. C. *de praesc.* 30. *ann.* quarum legum posterior ad aetatem impuberem, prior ad puberem magis pertinet.

(d) *d. l.* 3. & 7. *in pr.* & §. 5. C. *de praesc.* 30. *ann.* add. *l. pen.* & *ult.* C. *de ann. except.*

(e) Utraque est in *d. l.* 7. §. C. *de praescr* 30. *ann.*

(f) Postquam actiones jam natae *d. l.* 7. § *ult. l.* 1. *ult.* Cod. *de ann. exc.* quocirca recte sentiunt qui negant jus luendi pignoris ulla praescriptione tolli, quia actio pignoratitia non ante nascitur, quam debitor creditori satisfecit. Gaill. 2. *obs.* 18. Bronchorst. 4. *ag.* 4. Cujac. ad *l.* 13. *de usuc.* res tamen est controversa.

(g) Agnoscendi debiti causa. *d. l.* 7. §. 5. quid si recognoscendi? rursus opinor interrumpi praescriptionem.

† Hic locus explicatur in *l. pen.* §. 1. *usque ad fin.* C. *d. tit.*

† Cum addimus aliquid, aut detrahimus juri communi, jus civile efficimus. *l.* 6. *de Just.* & *jur.*

(h) §. 40. *Inst. de rerum divis. l. traditionibus.* Cod. *de pact.*

(i) §. 2 *Inst. de donat. l.* 34. & *l. penult. in fin.* C. *eodem.*

(k) Nudis pactis *d. l. traditionibus*, nudis autem intellige a traditione, aut usucapione, quae traditioni ibid. adjungitur, acquisitione, sive controversia juris civilis.

†† Id cautum *l.* 23. §. 1. C. *de SS. ecc.* constat autem soli domino in rem actione dari. *l.* 23. *de rei vind.*

(l) Cujus quantus sit favor intelligi potest ex *l.* 1. C. *de SS. eccl. l.* 1. *ff. test. quemad. ap.*

(m) *l.* 64. *de furt. l.* 80. *de leg.* 2. *l.* 44. §. 1. *de leg.* 1.

(n) Universitas hic significat corporum, juriumque diversorum jus quoddam universale, non res singulas, & separatas. §. *ult. Inst. per quas pers. cuiq. acq.*

igitur acquirere dicimur, cum una acquisitione omnia bona alicujus nobis acquiruntur sive cum in universum jus alterius succedimus. Succeditur autem, aut viventi, aut mortuo. Viventi duobus modis (o) adrogatione, & monasterii ingressu. Qui se adrogandum dat, cum (p) capite fortunas quoque suas in alienam familiam, & domum transfert: ut tamen nihil amplius tribuatur adrogatori, quam (q) parenti, & legitimo, & naturali; cui nec castrensia peculia acquiruntur, & adventitiorum ususfructus tantum. Monasterium ingressi universa sua bona ad monasterium (r) transferunt, extra quam si (ſ) liberos habeant, inter quos substantiam suam dividere non prohibentur, una parte sibi retenta, quæ monasterio acquiratur. Mortuo succeditur per solam hæreditatem, quippe bonorum possessio, itemque libertatum conservandarum causa bonorum addictio, quæ acquisitionis species (t) distinctæ ab hæreditate videri possent, vi ipsa nihil aliud tribuunt, quam (u) hæreditatem. Proinde ubi cognoverimus quid sit hæreditas, & quomodo ea acquiratur, simul intelligemus, quomodo defuncto cuique per universitatem succedatur.

Hæreditas (x) est successio in universum jus quod defunctus habuit tempore mortis. Successio, id est, res (y) succedens per μετουσίαν effecti. In universum † jus, ut & (z) commodum, & incommodum suscipiatur, quod defunctus habuit; tum in alios, tum quo ipse tenebatur, aut quo alii facto (a) ejus tenentur.

Acquisitio hæreditatis (b) duabus hisce rebus constat: delatione ejus, & delatæ susceptione. Deferre hæreditatem, est aliquem ad hæreditatem vocare, ita ut vel (c) invitus eam suscipere cogatur, vel volenti ejus acquirendæ potestas fiat. In delatione duo exigimus: potestatem deferendi; item voluntatem. Potestas (d) hæc penes defunctum eum, de cujus bonis agitur, primo; deinde intestato illo mortuo, penes (e) legem. Hinc (f) hæredes, aut testamentarii, aut legitimi. A defuncto defertur hæreditas, aut testamento (g) directo, aut per (h) fideicommissum, aut codicillis per fideicommissum tantum. Quæ directo defertur, atque acquiritur jure civili aliter jure prætorio. Singula ordine prosequamur, & ab eo, quod primum est, ducamus exordium.

CAPUT XXXIII.

De Testamentis.

Testamentum (i) est voluntatis nostræ (k) justa sententia de eo, quod quis post (l) mortem suam fieri velit. Testamentum duplex, aut enim paganorum est certis legibus adstrictum, aut militare his solutum. Ut testamentum paganorum recte fiat, in his tribus est positum; in persona testantis: in forma, & modo testandi: in iis rebus, quas testamentum complecti debet. In persona duo hæc spectanda; conditio personæ, facultas testandi. Conditione civem (m) Rom. esse oportet. Eum accipiemus in omni

---

(o) *Tit. Inst. de acq. per adrog. d. §. ult. Inst. per quas per.* sed hic modus apud nos usum non habet.

(p) *l.* 11. *§. ult. de bon. poss. sec. tab. §. pec. Inst. de adopt.*

(q) *§. 2. d. t. de acq. per adrog.* add. *§. 1. Inst. per quas pers.*

(r) *Nov.* 5. *c.* 5. *unde auth. ingressi.* C. *de sacr.* *Eccles.* quod jus illorum temporum peperit superstitio.

(ſ) Exceptio addita *Nov.* 123. *cap.* 38.

(t) Ut & distinguuntur in *d. § ult. Inst per quas person. & propriis tit. de bon. poss. itemque de eo, cui lib. cau. bon. addic.*

(u) Quippe per quæ universum patrimonium, & bona defuncti obtinentur. *l.* 3. *§.* 2. *de bon. poss. d. tit. Inst. de eo cui lib. cons.* nihil autem aliud est hæreditas. *l.* 24. *de verb. sign. l.* 2. *ff. & Inst. de bon. poss. in pr.*

(x) Extat hæc definitio in *l.* 24. *de verb. signif.* & in *l.* 62. *de reg. juris* explicata non male a Bart. ad *rubr. de acquir. hæredit.* Ciceronis illa in *Topic.* minus est ad subtilitatem juris civilis accommodata. Duar. *c.* 1. *de acq. hæred.*

(y) Domina enim fingitur, & personam defuncti repræsentat. *l.* 31. *§.* 1. *de hæred. inst. l.* 34. & 61. *de acquir. rer. dom.* item sine ullo corpores juris intellectum habere, id est, esse, & subsistere. *l.* 50. *de hæredit. petit.*

† Et hoc ipsum jus hæres postea succedendo consequitur per hæreditatem, quæ quod suum fuit transfundit in hæredem. *l.* 1. *§.* 15. *si is, qui test. lib. ess.* Hæc explicatio non video cur displiceat Bachov. acutiss. JC. in *not. ad Treutl. par.* 2. *disp.* 12. *th.* 1.

(z) *l.* 1. & 3. *in pr. de bonor. possess. l.* 37. *de acquir. hæred.*

(a) Quos promittendo, vel legando jure obstrinxit.

(b) Id indicant hi loci. *l.* 8. & 3. C. *de jur. delib. l.* 151. *de V. S. l.* 21. *§.* 2. *de acq. hær.*

(c) Nam & necessario hæredi deferri dicitur hæreditas, cum ad eam vocatur, licet ipso jure hæres fiat. *d. l.* 8. C. *de jur. del.* nec dubium est quin definitio Ter. Clementis in *d. l.* 131. *de V. S.* de voluntariis hæredibus sit intelligenda.

(d) Lege 12. tab. domino cuique tributa. *l.* 120. *de V. S.*

(e) Unde est, quod quamdiu potest ex testamento adiri hæreditas, lege non deferatur. *l.* 39. *l.* 70. *in pr. de acq. hær.* add. *l.* 1. & 3. *de petit. hæred. §. ult. Inst. per quas pers.*

(f) Item hæreditas testamentaria, & legitima *d. l.* 70. *de acq. hær. l.* 6. *§.* 2. *quæ in fraud. cred.*

(g) Cum testator hæredes institutos recta ex testamento, & ab se hæreditatem capere vult hac, aut simili formula: *hæres esto. hæredem esse jubeo.* §. 2. *Inst. de fid. hæred.*

(h) Cum testator hæredem directo institutum rogat, ut eam hæreditatem alii restituat *d. §.* 2.

(i) Ex eo appellatum, quod testatio mentis sit; quæ notatio simul vim ipsius rei exprimit, proinde, ut illa novationis apud Ulpian. *l.* 1. *ff. de novat.* De origine test. consule Vigl. ad §. 3. *Inst. hoc tit.*

(k) Justa, idest, plena, & legitima; utraque enim significatio huic voci convenit. Hac igitur nota, quæ hæredis institutionem vel maxime continet a codicillis satis distinguitur.

(l) Hæc verba donationem causa mortis, & contractus omnes removent, quorum proprium non est, ut post mortem demum quid fiat. Extat definitio in *l.* 1. *ff. eod.*

(m) Indicat primum, & secundum caput. *l. falcidiæ. l.* 1. *ad l. falc.* igitur nec servus. *l.* 16. nec deportatus *l.* 8. *§.* 1. nec obsides, nisi eis permittatur. *l.* 11. *ff. eod.* testari possunt.

ni gente, & natione, qui civis sit ejus nationis, aut generis. Eorum, qui, cum cives Rom. sint, facultatem tamen testandi non habent, quatuor ordines. In primo ordine est (n) filiusfam. quippe lex (o) duodecim tab. quæ hanc facultatem dedit, præcise, ac definite de patribusfam. loquuta est. Postea permissa filiofam. testatio (p), sed de peculio castrensi, & quasi castrensi dumtaxat. In secundo ordine sunt (q) quinque furiosus, mentecaptus, prodigus, impubes, in quibus nec mens; nec nullum judicium; item status sui incertus, cui constat ignorantia juris sui, quo minus certo judicio testari possit. Tertius ordo est eorum, qui testari quod sentiunt commode nequeunt; ut (r) mutus, surdus, cæcus; quibus tamen certis (s) conditionibus testari permissum est. Quartus ordo est eorum, quorum vita legibus ita notata est, ut testari nominatim prohibiti sint; uti constitutum est in eo, qui (t) incestas nuptias contraxit, itemque in iis, qui ob carmen famosum damnati, intestabilesque facti sunt. Quæ omnia eo tempore spectanda, quo (u) testamentum conditur: post factum testamentum si quid horum inciderit, testamentum non infirmatur, nisi ea mutatio incidat, quæ salvo statu, & fortunis contingere non potest.

CAPUT XXXIV.

Quomodo Testamenta fiant.

POst personam testantis proxime spectanda forma, & modus testandi. Testari quis potest aut publica fide, aut privata. Publica fide † bifariam; aut testamentum precibus principi oblatis inserto, aut in acta magistratus, municipumve relato. Privata fide testatio procedit aut scripto, aut sine scripto per nuncupationem. Scripti testamenti ordinatio duabus his rebus constat; scriptura testamenti, & ejus scripturæ confirmatione. Ad scripturam quod attinet, nihil refert, qua in (x) materia, a quo (y) aut quo tempore testamentum scribatur. Confirmationis scripturæ tres sunt partes; prima, ut testes colligantur; secunda, ut testator coram his voluntatem suam declaret, tertia est in testium facto, & contestatione. In prima parte hæc (z) spectentur; rogatio testium, numerus, eorum conditio. Testes rogatos adesse oportet, numero septem, omnes conditione idoneos, quæ tunc inspici debet, cum testamentum signant. Idonei sunt, qui non prohibentur. Prohibentur quidam natura, quidam lege. Natura (a), qui vel non intelligunt, quod agitur, aut sensu id percipere, vel eloqui non possunt, ut furiosus, prodigus, impubes, mutus, surdus, cæcus. Lege prohibentur quidam in totum; quidam ob privatas causas in hoc testamentum incidentes. In totum ex (b) tribus his causis, a statu (c) servus, item deportatus; absens, mulier; a damnatione, qui quovis judicio ita damnati sunt

(n) Adeo ut quamvis pater eis permittat, nihilo magis testari possit *in p. Inst. & l. 6. ff. eod.* quippe cum hoc jure publico tribuatur, & legib. non privatorum voluntate. *l. 3. & ibi* Cujac. *eod.*

(o) Integra leg. verba extant apud Cornif. *Rhet.* 1. Cic. 2. *de invent.* relata a plerisque. & expofita inter fragmenta legis.

(p) Non quod filiusfam. mutata honor. conditione, tamquam remoto obstaculo, statim testari potuerit, sed quod hoc ei constitutionibus Principum speciatim concessum est. *Pr. Inst. quib. non est per. fac. test. l. ult.* Cod. *de inoff. test.* An igitur filiusfam. testari non potest saltem de iis bonis adventitiis, quæ patri non quæruntur? Certum est non posse. *l. pen. & ult.* C. *qui test. fac.* quibus *ll.* sublata est dubitatio, quam verba §. 5. *l. ult.* C. *de bon. quæ lib.* jam tum circa hanc rem perperam. Plura Vigil. Pr. *inst. quib. non est perm. fac. test.* nostris moribus potest de omnibus.

(q) De quibus est in §. 1. & 2. *inst. l.* 5. 14. 15. 18. *ff. eod.*

(r) §. 3. 4. *Inst. l.* 6. §. 1. *l.* 7. *ff. eod.* hoc autem de surdo, non de surdastro, de muto, non de balbo accipiendum, *d.* §. 3. *l.* 9. *de Æd. edict.*

(s) Muti, & surdi juxta normam *l.* 13. cæci secundum *l.* 8. C. *eod.*

(t) Cui tamen non omnimodo adempta testandi facultas, sed intra certas personas conclusa. *l.* 6. *& auth. seq.* C. *de inc. nupt.* De homine intestabili est in *l* 18. §. 1. *l.* 26. *ff. eod.*

(u) Quæ mutatio testatorem capite non minuit, testamentum ante factum non infirmat. §. 1. 2. 3. *Instit. quibus non est permiss. fac. test. l.* 2. *&* 6. §. 1. *ff. eod.* ut hic tempus facti testamenti inspiciatur tantum, sin per mutationem capite minuatur; hic quia irritum fit testamentum, etiam mortis tempus considerandum. *l.* 6. §. 5. *& seq. ff. de irr. rup.* §. 4. *Inst. qui. mo. tes. inf.* solo autem mortis tempore jus testandi habuisse nunquam sufficit. *l.* 1. §. 8. *ff. cont. tab. l. pen. de* R. J. Duar. *ad hoc tit. c.* 2. *sect. ult.* cui hæc quæstio hujus tractatus difficillima videtur.

† Uterque publica fide testandi modus notatur in *l.* 19. C. *test.* add. *l. ult.* C. *de re jud.*

(x) Tabulæ testamenti significant omnem materiæ figuram. *l.* 1. *pr. ff. sec. tab.* §. 12. *Inst. hoc tit.* olim fere in tabulis ligneis leviter ceratis testamenta scribebantur, unde nomen adhuc mansit. Vid. in hunc loc. Alex. ab Alex. *gen. dier.* 2. 30.

(y) Utrum a testatore, an dictante testatore ab alio quovis; utrum ante, an coram testibus. *l.* 21. *Cod. eod.* Nam quod de nomine hæredis exprimendo Just. constituerat. *l.* 20. C. *eod.* ipse postea sustulit. Nov. 119. §. *quia vero.*

(z) Quæ indicantur in his locis. *l.* 21. §. *pen. ff. l.* 21. *pr.* C. §. 3. *Inst. t.* 22 §. 1. *ff. hoc tit.*

(a) Hi notantur in §. 6. *Inst. l.* 18. *in pr. l.* 20. §. 4. *ff. eod.*

(b) *d.* §. 6. *d. l.* 18. §. 1. *d. l.* 20. §. 6. *&* 7. *l.* 21. C. *eod.*

(c) Subvenitur tamen testamento, si tempore faciendi testamenti liberi loco ab omnibus habeatur. §. 7. *Inst. l.* 1. C. *eod.*

ſunt, ut lege jubeantur; eſſe inteſtabiles. Cauſæ privatæ duæ; poteſtas inter teſtatorem, & teſtem conſtituta, quæ efficiat, ut pro una perſona uterque habeatur; hinc nec filius (d) patri, nec hic illi recte teſtis adhibetur: item negotium, quod agitur teſtamenti ordinandi gratia. Hoc totum cum inter teſtatorem, & hæredem geratur, merito (e) hæres, & quicumque eſt ejuſdem familiæ a teſtimonio arcetur.

Declaratio voluntatis ſupremæ hoc exigit; primum, ut teſtator ſcripturam teſtamenti, &, ſi ita illi videbitur, clauſam (f) coram teſtibus proferens, teſtetur hoc ſuum teſtamentum eſſe; deinde ab iis petat, ut ſubſcribant, & ſubſignent, poſtremo ipſe in extrema parte hoc ſuum teſtamentum eſſe ſcripto profiteatur: ſi literas neſciat, octavus aliquis adhibeatur, qui nomine teſtatoris ſubſcribat.

Factum teſtium quatuor hæc continet; (g) ſubſcriptionem, obſignationem, ut hæc coram omnibus (h), ſimul, & in † conſpectu teſtatoris, fiant; item ut eodem tempore, unoque contextu (i), externo actu nullo interveniente. Ceterum jure ſingulari in quibuſdam teſtamentis aucta ſunt hæc, in quibuſdam relaxata. Aucta conſtitutione (k) Juſtini in teſtamento cæci, quæ lectu obſervanda. Relaxata in quatuor generibus teſtamentum; in teſtamento (l) ruſtici, cui permiſſum quinque teſtes adhibere, ſi plures non reperiantur, remiſſæ item ſubſcriptiones, ſi literati deſint: in teſtamento parentum inter liberos, ſiquidem hujuſmodi voluntatem etiam ex imperfecto teſtamento valere placuit; in teſtamento poſteriore; in quo ſi ſcripti ſint hæredes, qui ab inteſtato ad hæreditatem vocantur, placuit ſufficere (m) quinque teſtium juratorum depoſitione, ac infirmato priori teſtamento, poſteriorem hanc valere voluntatem non tamquam teſtamentum, ſed tamquam voluntatem ultimam inteſtati; in omni denique teſtamento ad pias cauſas quævis (n) voluntas ſuprema Canonibus rata habetur.

Teſtamentum, quod ſine ſcriptura per nuncupationem fit, tribus his rebus conſtat, ut teſtator voluntatem ſuam (o) nuncupet; ut palam; ut teſtes eam exaudiant. Communia hic cum ſcripto teſtamento duo; numerus, & conditio teſtium, teſtationis unus contextus; cetera diſcrepantia.

CAPUT XXXV.

Quæ res ad vim teſtamenti neceſſariæ. De liberis hæredibus inſtituendis, vel exhæredandis.

SUnt & res quædam Teſtamento comprehendendæ, quibus omiſſis, aut nullum ſit ab initio teſtamentum, aut poſtea infirmetur. Hæ partim communes omnium teſtatorum, partim quarumdam perſonarum propriæ. Communis, hæredis inſtitutio, utpote quæ (p) caput eſt, & fundamentum teſtamenti. Reliquæ propriæ tribus generibus teſtatorum injunctæ; parentibus, liberis, fratribus, conſanguineis. Parentum hoc officium, ut liberos omnes quos gradu nemo præcedit, aut (q) hæredes inſtituant, aut juſtis de cauſis exhæredent. In hoc officio tria ſpectanda; quibus lex conſultum voluerit, quid tribuat, quæ præteritionis, aut

(d) Unius familiæ plures eſſe teſtes in alieno teſtamento non prohibentur §. 8. *Inſt.* *l.* 22. *in pr.* *ff.* *eod.* *l.* 7. *ff.* *de teſt.* ſed nec filius patri, in cujus poteſtate eſt, nec frater fratri, qui in ejuſdem patris eſt poteſtate, recte teſtis adhibetur; reprobatum eſt enim in hac re domeſticum teſtimonium. §. 9. *Inſt.* *eod.* Quod cum Theoph accipe non ex cognatione, ſed ex unitione, quæ per poteſtatem fit, ut intelligatur hoc ad emancipatos non pertinere. Vigl. ad §. 9.

(e) §. 10. *inſt.* *eod.* legatarius autem, quia cum iis negotium iſtud non geritur, cum non ſint juris ſucceſſores, teſtimonium non denegatur. §. 11. *Inſtit.* *l.* 20. *in pr.* *ff.* *l.* 22. *Cod.* *eod.* Etenim nemo ſibi teſtimonium dicere poteſt. *l.* 10. *de teſtib.* Reſp. legatarius non ſibi, ſed hæredi dicit. Commodum autem, quod per conſequentiam capit, non debet vertere teſtamentum, quod teſtibus adhibitis confirmatur. *l.* 14. *ff.* *de reb.* *dub.* quo jure etiam nos utimur, quamvis duo tantum teſtes adhiberi ſolent.

(f) *l.* 21. C. *eod.* ubi cetera quoque, quæ declaratio voluntatis exigit, commemorantur.

(g) §. 3. *Inſt.* *l.* 22. §. *ult.* *l.* 22. §. 4. *l.* *pen.* *ff.* *l.* 9. & *l.* 11. C. *eod.*

(h) Teſtes durare debent donec ſuprema teſtatio peragatur. *l.* 20. §. 8. *ff.* *eod.* niſi ob caſum majorem, ac novum ſubduci aliquem oporteat. *l.* 8. C. *eod.*

† *d.* *l.* 9. C. *eod.* proinde ſi velum interjectum, aut cortina conſpectum adimat, non valebit teſtamentum, ne qua fraus adhibeatur. Sichard. ad *d.* *l.* 9.

(i) Excepta eſt cauſa neceſſitatis, *l.* 28. C. *eod.* non eſt autem actus alienus, qui ad teſtamentum pertinet. Duar. c. 4. *ad hunc titulum.*

(k) Eſt in *l.* *hac conſultiſſima.* 9. *Cod.* *qui teſt.* *fac.* *poſſ.*

(l) De teſtamentis ruſticanorum hæc conſtituta ſunt in *l.* *ult.* C. *de teſtam.* De parentum inter liberos in *l.* 21. §. 1. C. *eod.* & *l.* *ult.* C. *fam.* *ercisc.*

(m) *d.* *l.* 21. §. *pen.* C. *eod.* legata igitur, & fideicommiſſa eo teſtamento relicta peti poterunt. *l.* *ult.* §. *ult.* C. *de Codicill.*

(n) Teſtata vel coram duobus teſtibus. C. *relatum.* 11. *ex eod.* Schneid. ad *h.* *t.* *c.* 5. *n.* 19.

(o) §. *ult.* *Inſt.* *l.* 21. *in pr.* *ff.* *l.* 21, §. 2. C. *eod.* In hac ratione hæredem fere nuncupamus, licet teſtamenta in ſcriptis quoque conficiantur, fiunt plerumque coram notario, & duob. teſtib. Hinc quæſitum eſt, an talia teſtamenta ubique valeant. Communiter placuit valere. *arg.* *l.* 6. *de evict.* *l.* 34. *de reg.* *jur.* Quid ſi exterius ſecundum morem regionis, in qua teſtatus eſt, teſtamentum fecit? valebit quoad bona ubicumque ſita. Gall. 2. *obſ.* 123. Adde tamen Sichard. ad *l.* 9. C. *de teſt.*

(p) §. 34. *Inſt.* *de legib.* ideoque ſine ea nec teſtamentum, nec quæ in eo ſcripta ſunt quidquam valent. §. 2. *inſt.* *de fid.* *hæred.* *l.* 1. *in fin.* *de vulg.* *l.* *ult.* *de jur.* *Cod.* legata vero, & fideicommiſſa ad vim teſtamenti nihil pertinent.

(q) *tot.* *tit.* *Inſt.* *de exhær.* *lib.* *ff.* *de lib.* & *poſt.* C. *de lib.* *præt.* *auth.* *non licet*, *eod.*

aut injustæ exhæredationis pœna. Prospicere lex voluit liberis, nec (r) distinxit inter sexum, aut gradum, inter suos, aut emancipatos, eosve, qui numquam in potestate fuerunt, inter natos, aut nascituros, modo in suo ordine nemo eos (s) gradu superet. Quod his a lege tribuitur, est, ut aut instituantur, aut juste exhæredentur. Institutio tria hæc exigit; ut instituantur, ad certum modum, denique ut ad certam quantitatem. Primo non sufficit (t) quovis titulo liberis quid relinquere, sed hic honos habendus est, ut hæredes instituantur. Secundo exigitur, ut filius, qui in potestate est, qui idem suus hæres, instituatur aut pure, aut sub ea conditione, quæ in ejus est (u) potestate. Postremo quantitas, ad quam instituendi sunt liberi, hæc est, ut si quatuor sint, aut pauciores, non minus triente, sin plures, non minus semisse illis relinquantur; quæ legitima est, sive debita portio, ad eam quantitatem (x) aucta a Justiniano, cum antea quarta tantum pars esset debitæ ab intestato portionis. Si minus relictum est, valebit quidem institutio, sed quod deest legitimæ, supplebitur ex constitutione Justiniani (y).

Rectæ exhæredationis hæ sunt leges; primum, ut rite liberi exhæredentur; deinde etiam ut justis de causis. In ritu hæc (z) observanda, ut exhæredentur nominatim, ut pure, ut simpliciter, non ex re certa, ut ab omnibus gradibus. Alterum hæc (a) tria desiderat; Primum, ut eas causas exhæredationis testator habeat, unam videlicet, aut plures, quæ ad 14. Lege Justiniani expressæ sunt; secundo, ut easdem testamento suo nominatim inserat; tertio, ut negante exhæredato, hæres eas nihilominus probet.

Pœna præteritioni, & injustæ exhæredationi constituta est hæc, ut ex his causis testamentum (b) irritum fiat. Duo hic consideranda; quando, & quomodo testamentum irritum constituatur, item quatenus; & aliud hic in (c) præteritione constitutum, aliud in exhæredatione. Præteritionis pœna pro quadruplici differentia liberorum variatur. Primum liberis superstitibus, & suis hæredibus præteritis, ipso jure (d) ab initio nullum est testamentum. At posthumo suo hærede præterito, valet ab initio testamentum, sed nato posthumo, agnatione ejus (e) rumpitur. Emancipatis præteritis datur

(r) Olim quoad formam, & necessitatem instituendi, aut exhæredandi non una fuit inter liberos distinctio §. 1. & deinceps *Inst. eod.* sed discrimen illud omne const. Justiniani sublatum est. §. 5. *Inst. l.* 4. C. *eod.* Nov. 115. c. 3. nec cautio Galli de nepotib. posthumis instituendis, de qua in *l.* 29. *ff. h. tit.* hodie necessaria, postquam jure civili etiam alienus posthumus institui posse cepit. §. 18. *Inst. de leg.*

(s) Nam si quis, verbi causa, filium instituerit, aut exhæredaverit, nepotem ex eo impune præteribit; adeo ut si exhæredatus ante aditam patris hæreditatem decesserit, nepos nihilomagis rumpat testamentum. *l.* 9. *ff. eod. l.* 6. *in pr. ff. de injust.* sed hoc casu placuit querelam etiam non præparatam transmitti. *l.* 34. C. *de inoff.*

(t) Sicuti jure antiquo is, cui quarta quovis titulo relicta erat, excludebatur a querela. §. *ult. Inst. de inoff. l.* 8. §. *si quis mortis. ff. eod.* novissimo enim jure constitutum, ut parentes saltem ex aliqua parte aut re liberos hæredes instituant. *d. Nov.* 115. *&* 3. *&* 5. haud dubie ideo, quia hæreditates non modo honesto tit. sed etiam pleniore honore tribuuntur. *l.* 5. §. 6. *de leg. præst.* idque etiam apud nos custoditur.

(u) *l.* 4. *ff. de hæred. Inst.* quod declaratur in §. 1. *d. l.* 3. *& l.* 4. 5. *&* 6. *eod.* quapropter nisi sub contraria conditione exhæredetur, inutiliter pater testabitur. *l.* 4. C. *de Inst. l. ult. ff. de cond. inst.* Idem est, si impossibilis conditio institutioni adjecta sit. *l.* 15. *ff. d. tit.* Ceteri sub quavis conditione recte instituuntur; ita tamen, ut non noceat conditio ad quantitatem legitimæ. *l.* 32. C. *de inoff.* nisi forte & hæc discrimina sublata sint. *l.* 4. C. *de lib. præt.*

(x) Nov. *de trient. & sem.* 18. olim quarta debitæ partis. *l.* 8. §. *quoniam, ff. de inoff.* quod nomen, aucta licet quantitate, interpretes retinuerunt. Quæsitum, hæc portio jure ne naturæ liberis debeatur, an vero jure civili tantum, & consequenter, Statuto ne minui duntaxat, an vero in totum etiam tolli possit; denique quota ne bonorum sit, an hæreditatis? sed non est instituti nostri ista examinare; adeatur Gail. 2. *obs.* 120. *&* 122. Illud certum est, portione hac liberis relicta, secure parentes testari. *d. l.* 8. §. *si quis mortis.*

(y) *l. omnimodo,* C. *de inoff.* repetita Nov. 115. C. 5. abrogatoque jure veteri, quod est in *d. l.* §. *si quis mortis.*

(z) Ut indicant hi loci; primum est in *d. l.* 4. C. *de lib. præt.* §. 5. *inst. eod.* Exemplis illustratur in *l.* 1. 2. 3. *ff. de lib. & post.* Secundum est *in d. l.* 3. §. 1. ratio est in *l.* 18. *cont. tab.* quod certo judicio liberi a parentum successione removendi sint. 19. Tertium in *l. de lib. & post.* Alia causa est institutionis. *l.* 1. §. 4. *de hær. inst.* quippe institutio benigne accipitur, exhæredationes vero non sunt adjuvandæ. *d. l.* 19. C. *odia, de reg. jur. in* 6. Quartum hanc habet sententiam, ut perimatur is gradus, a quo exhæredati non sunt *l.* ceterum si a primo gradu præteriti, a secundo sint exhæredati, testamentum exordium capit a gradu secundo. *d. l.* 3. §. *ult. l.* 14. §. 1. *eodem.*

(a) Comprehensa *d.* Nov. 115. 3. ubi tria innovavit Just. 1. certas causas definivit, extra quas parentibus non liceret liberos exhæredare, unde sequi videtur, ne ob partes quidem licere; ut Vigl. in §. *ult. inst. eod.* Bronch. 3. *ass.* 26. quamvis autem nec jure veteri, nisi meritis de causis, liberi exhæredari potuerint, tamen causæ nullo jure definitæ ab arbitrio tantum pendebant bonorum virorum. Vid. Val. Max. 7. 8. add. *l.* 7. *de bon. dam.* 2. voluit causas nominatim testamento inseri, cum antea sufficeret eas ab hærede allegari. *l.* 28. C. *de inoff.* 3. cum antea liberis necessitas incumberet probandi se debitum parentibus obsequium jugiter præstitisse. *l.* 5. §. 1. *ff. de inoff. d. l.* 28. C. *eod.* hæredi necessitatem imposuit probandi causam Testamento adscriptam.

(b) *d.* Nov. 115. *c.* 3. *auth. ex causa, Cod. de lib. præt.*

(c) Præteriti dicuntur, qui neque instituti sunt, neque ut oportet exhæredati. §. 12. *Inst. de hær. quæ ab intest.*

(d) *l.* 1. *in pr. &* §. 5. *Inst. & l.* 30. *ff. hoc tit.* nec morte eorum, aut abstentione restituitur *d. pr. l.* 7. *ff. eod.* sane tum bon. poss. secun. Tab. interdum defertur, nempe si scripti hæredes rem ab intestato auferre potuerint. *l.* 12. *&* 17. *de injust. rupt.* aut Testator recenti judicio voluntatem confirmavit. *l. posth.* §. *ult. ff. de injus. rup.*

(e) §. 2. *Inst. eod. l.* 1. C *de post. hær.* Idem est, si præteriti sint nepotes jam nati, qui, filio mortuo, avo sui hæredes futuri sunt §. 2. *Inst. eod. l.* 13. *ff. de injust.* nec ruptura semel restituitur §. 1. *Inst. eod. l.* 1. C. *d. tit.* nisi quod temperamentum præcedens hic quoque adhibendum *d. l.* 12. in cujus fine adjicitur conditio, quæ æqualiter ad species præcedentes attinet. Nam si extraneis scriptis possessio a præt. data sit, ea sine re efficiatur necesse est, si

datur † bonorum possessio contra tabulas. Præteritis iis, qui in potestate parentis demortui numquam fuerunt, consulitur per (*f*) querelam inofficiosi. De exhæredatione ita jus est. Exhæredatio non rite facta, idest non nominatim, neque pure, neque ex tota hæreditate pro (*g*) præteritione censetur. Sine exhæredatione solemniter facta, immerito exhæredati liberi dicantur, unum hic auxilium, querela inofficiosi, omnibus pariter patet. (*h*)

Atque ex his causis jure antiquo in (*i*) totum corruebat judicium defuncti, sive ab initio inutile esset testamentum, sive postea rescinderetur, nisi quod emancipatis præteritis, aut non rite exhæredatis, quibusdam tantum (*k*) personis legata, & fideicommissa præstabantur. Postea placuit quoad institutionem tantum irritum fieri; legata vero, & fideicommissa, ceteraque eo testamento cauta rata nihilominus & firma (*l*) manere. Putarem tamen (*m*), filio, qui in potestate est, præterito, ne nunc quidem quidquam deberi.

CAPUT XXXVI.

De parentibus præteritis, vel immerito exhæredatis. Item fratrum institutio, aut exhæredatio ubi necessaria.

TUrbato ordine mortalitatis, pietas, & commiseratio idem officium liberis erga parentes injungit. Proinde & (*n*) parentes a liberis instituendi sunt, aut nominatim exhæredandi. In institutione tria quærenda: institutio ipsa, ut non satis sit quovis genere relicti quid ad parentes † pervenire: modus institutionis, ut pure instituantur, aut si sub conditione, ea (*o*) subducatur usque ad portionem legitimam: quantitas institutionis, ut triens illis relinquatur, vel quod deest (*r*) suppleatur. Exhæredatio itidem hæc duo requirit; ut rite exhæredentur, & quidem (*q*) eodem ritu, quo liberi; ut justis de causis testamento item insertis, quæ & ipsæ definitæ sunt, & ad (*r*) octo enumeratæ a Justiniano. Pœna præteritionis, & injustæ exhæredationis hæc, ut liceat (*s*) parentibus inofficiosi querela testamentum impugnare. Sed & parens a filio emancipato præteritus exemplo patroni ad (*t*) contra tabulas bonorum possessionem admittitur.

Fratrum consanguineorum inter se longe dissimilis est ratio. Ita demum frater (*u*) consanguineus fratris sui testamentum inofficiosi querela subvertet, si in eo (*x*) turpis persona hæres sit instituta. Sed ut turpis persona instituta sit, quatuor tamen hæ causæ nihilominus fratrem removebunt. Primum ingratitudo ex tribus causis alia quadam (*y*) constitutione expressis; quas causas ab hærede opponi, & (*z*) probari sufficit, etiamsi a testatore objectæ non fuerint. Secundo, servi

ii, qui a lege vocantur, jure suo uti velint. Ulp. in *fragm. Tit.* 28. §. *ult.* An igitur tale testamentum sustinebitur saltem jure prætorio? Quod magis probo cum Vigl. ad §. 2. *n.* 4. *Inst. hoc Tit. arg. l.* 12. §. 1. *cont. Tab. l.* 17. *ff. de injust.* Diff. com. DD. & cum iis Anton. Fab. 1. *contr.* 9. & 16. 19.

† §. 3. *inst. h. tit. d l.* 4. C *eod.* quæ intra annum peti debet *l.* 1. §. *largius de succed.*

(*f*) §. *ult. Inst. eod.* qua perlata Testamentum rescinditur.

(*g*) *l.* 8. § *non quævis, ff. cont. tab.* quapropter suis hæredib. ita exhæredatis, testamentum ipso jure nullum erit; emancipatis dabitur bon. possessio, cæteris consuletur querela.

(*h*) Nam & jure civili testamentum valet, nec prætor exhæredatos ad cont. tab. bon. poss. admittit. *d. l.* 8. §. 2. *Inst. de inoff.* Adeo ut nec posthumi rite exhæredati alio jure venire possint *d.* §. 2. *l.* 6. *ff. l.* 33. §. *ult.* C. *d. Tit.* Dixerit quispiam causam ingratitudinis, quæ Testamento inferenda est, in posthumum non cadere; at non eo minus rite facta exhæredatio intelligitur, si leges supra scriptæ observatæ fuerint. *arg. l.* 7. *de bon. dam* vulgo tamen in contrarium itum est.

(*i*) *l.* 17. *de injust. l.* 1. *Cod. de post. hær. l.* 8. §. *ult. de inoff.*

(*k*) Liberis, parentib. uxori. *l.* 8. §. *ult. ff. con. Tab. l.* 1. *de leg. præst.*

(*l*) *d.* Nov. 115. *c.* 3. §. *sive igitur, auth. ex causa,* C. *hoc tit.*

(*m*) Nam verba illa, exhæredare, præterire, quæ promiscue in *d.* No. usurpantur, propriis subjectis commode attribui possunt, ut illud ad patrem, hoc ad matrem referatur, quamvis & hic obstet comm. opinio, quam tuetur Don. in *d. auth.*

(*n*) *l.* 15. *ff. de inoff. l.* 7. §. 1. *und. lib.* Intellige autem gradu proximos *d.* No. *c.* 4.

† Sed perinde ut liberi hæredes instituendi sunt, quod & diserte cautum *d.* Nov. *c.* 4.

(*o*) *l.* 32. C. *de inoff.* quod ultra est ad eam quantitatem, expectatur conditio.

(*p*) Idem nimirum hic placet, quod in liberis *l.* 30. C. *d. tit.* No. *de Trient.* 18.

(*q*) Quod ex ea parte Nov. 115. facile intelligitur, quæ est *de exhæred. parentum.*

(*r*) *d. const.* Nov. 115. *c.* 4. Pauciores hic causæ sunt, quam in liberis, propterea quod parentibus multa conceduntur in liberos, quæ a liberis in parentes admissa pœnam merentur.

(*s*) *l.* 17. C. *de inoff.* §. 1. *Inst. eod.* querela autem perlata rescinditur testamentum quoad institutionem tantum, ut supra Nov. 115. §. 9.

(*t*) *l.* 1. *si a par. man.* quod jus querelam non excludit. *l.* 14. *ff. de inoff.* qua plenius patri consulitur; ideoque non obstat §. 2. *inst. d. tit.*

(*u*) Sive ex utroque parente conjunctus, qui & germanus dicitur, sive ex patre tantum. Uterinus impune præteritur *l.* 27. *de inoff.*

(*x*) § 1. *Inst. d. l.* 27. *d. tit.* ubi turpis persona definitur, quæ vel turpitudinis, vel infamiæ, vel levis notæ macula aspergitur. An igitur & spurii vix dixerim, nam nec jure infames sunt, nec quidquam ipsi admiserunt, quod existimationem eorum offendat apud bonos viros. Crimen autem paternum nullam maculam filio infligere potest. Call. *l.* 26. *ff. de pæn.* & recte Augustin. *Undecumque homines nascuntur, si parentum vitia non sectentur, honesti sunt, c. undecumque, dist.* 56. vid. tamen Paleot. *c.* 55. *de noth. spur. fil.* diff. comm. DD. Plerique nostrorum distinguunt inter naturales, & natos ex damnato coitu.

(*y*) Nov. *de nupt.* 22. C. 47.

(*z*) Ita enim jus vetus fuit, cui in hoc non derogat præced. constitutio.

servi † necessarii hæredis institutio. Tertio, si ipse frater eadem (*a*) turpitudine, qua hæres scriptus, laborer. Quarto, si quovis (*b*) relicti titulo portionem (*c*) legitimam sit consequutus, si minus relictum, actio (*d*) expletoria, ut supra locum habebit. Quod si nihil istorum erit, quod fratrem removeat, proposita est præterito, aut non recte exhæredato querela inofficiosi, qua perlata, testamentum rescindatur. Sed meminisse debemus, eumdem esse poenæ modum tum hic, tum in superioribus personis, quem in liberis ex iisdem causis esse diximus, ut rescisso quad institutionem testamento, cetera capita firma maneant (*e*).

CAPUT XXXVII.

Quibus modis testamenta infirmantur.

TRibus hisce concurrentibus, persona testantis, modo testandi, item iis rebus, quas testamentum caveri oportet, justum habemus testamentum. Sed non est satis ad deferendam ex testamento hæreditatem, ab initio justum esse, nisi & tale ad extremum perseveret. Infirmandi testamenti ratio duplex; nam & volente testatore infirmari potest, potest & invito. Volente testatore infirmatur, aut mutatis tabulis, aut integris manentibus. Mutatis, si (*f*) testamentum inciderit, ruperit, fregerit, induxerit, cancellaverit, signa corruperit. Integris manentibus, si aliud testamentum æque jure (*g*) perfecerit. Nuda autem voluntate testatoris testamentum numquam (*h*) infirmatur; usque adeo ut cautum sit, ne aliter tabulæ priores jure factæ, irritæ fiant, nisi sequentes jure ordinatæ, & perfectæ fuerint. Excipienda tamen hic ea testamenta, quæ quamvis imperfecta, jure tamen singulari valent, ut (*i*) militis, parentis (*k*) inter liberos, item in quo scriptus est hæres, qui (*l*) ab intestato venire potest. Plane si testator tribus testibus præsentibus, aut apud acta judicis priorem voluntatem revocaverit, & ex eo decennium intercesserit, placet revocatione voluntatis tanto temporis lapsu confirmata prius testamentum (*m*) rumpi.

Invito testatore testamentum infirmatur aut interiore aliquo vitio testamenti, aut sine vitio testamenti casu externo, quod cum fit, testamentum (*n*) irritum fieri in usu juris proprie dicitur. Vitio interno testamentum infirmatur, cum ex causis præteritionis, exhæredationisve, aut ipso jure rumpitur, aut alieno facto ex iisdem causis rescinditur. Rumpitur ipso jure, aut agnatione sui hæredis, puta (*o*) posthumi præteriti, aut quasi agnatione, videlicet si testator post factum testamentum filium (*p*) adrogaverit, aut si nepos, qui tempore facti testamenti avo suus hæres non erat, in locum sui hæredis vivo avo testatore ex lege Velleja (*q*) successerit. Ad rescindendum alieno facto testamentum remedium duplex proditum, bonorum possessio contra tabulas, & querela inofficiosi testamenti. Prius propositum liberis præteritis, tum emancipati, tum (*r*) suis hæredibus, sed illis necessarium (*s*), his non item. Utriusque exhæreda-

---

† *d. l.* 27. C. *de inoff.*

(*a*) *l.* 11. C. d. *tit. arg. l.* 47. *sol. matr.*

(*b*) Sicut & jure antiquo obtinuit §. *ult. Inst. l.* 8. §. *si quis mortis*, *ff. de inoff.* nihil enim hic innovatum.

(*c*) Nimirum trientem debitæ ab intestato portionis, ut observari voluit Just. in omnibus, qui jure antiquo de inofficioso agere potuerunt. *Nov.* 18. *c* 1. *in fin.* ubi Cujac. add. Fach. 4. *cont.* 28. quod & nostri fere sequuntur. Vulgo tamen obtinuit parentum quidem legitimam auctam esse, at non fratrum test. Jason. *in auth. novissima*, n. 36. C. *de inoff.*

(*d*) *l.* 30. *c. d. tit.* hoc item novum est.

(*e*) De quo licet in præteritione fratrum nihil aperte cautum, tamen id majore quadam ratione, quam in liberis, aut parentibus præteritis, efficitur, Cuch. *tract. de legit.* §. *quæri etiam potest.* in 8 licet plerique diss.

(*f*) *l.* 1. §. 3. & *l.* 2. *de his, quæ in test. delent. l. pen* C. *de testam. l. pen.* §. *ult. cont. Tab. l.* 22. §. 3. *qui test. fac.* secus est, si quid horum ignorante testatore contigerit. *d. l.* 1. §. 3. *d. l. pen.* C. *de test.*

(*g*) §. 2. & 7. *Inst. hoc tit. l.* 1. & *seq. de injust. rupt.* Perfectum autem testamentum accipere debemus pro qualitate perfectum, sive paganum, sive militare, *d. l.* 2. *eodem.*

(*h*) *d.* §. *Inst. eod.* idque consentaneum est regulæ juris 35.

(*i*) Quemadmodum prius testamentum quocumque modo factum posteriore militis voluntate rescinditur *d. l.* 2. *de injust. l.* 3. 4. §. *ult. de test. mil.* ita quoque testamentum jure militiæ factum solvitur, imperfecto quovis posteriore *l.* 34. §. 1. *eod. tit.*

(*k*) *l.* 21. §. *ex imperfecto*, *Cod. de testam.* Id vero licet imperfectum, tamen favore liberorum non aliter tolli placuit, quam posteriore rite facto. *auth. hoc inter*, C. *de tit.*

(*l*) *d. l.* 2. *ff. de injust.* si modo in priore testamento alii scripti fuerint, & in posteriore 5. testes intervenerint. *d. l.* 11. §. 3. atque hanc posteriorem scripturam valere tamquam voluntatem intestati supra dictum est.

(*m*) Quod effectum est constitutione Just. *l.* 27. *Cod. de testam.*

(*n*) §. 5. *Inst. hoc tit. l.* 1. *in fin. de injust.* & recte irrita enim dici constat, in quibus cum omnia conati sumus, eventus conatui non respondet, sic Plin. in *panegyr. Irritis precibus surdas Principis aures obstrepebant*; sic *irritus labor* apud Ovid. 1. *metam.*

(*o*) Filii, aut nepotis, cujus pater jam diem suum obiit. *l.* 1. 4. 5. *ff. de injust. de exhib. lib.* & §. 1. *Inst. hoc tit.*

(*p*) *l.* 8. *d. tit.* aut adoptaverit secundum cond. just. §. 1. *eod.* quibus consequens est etiam legitimatione rumpi, quod & crebrius placuit Thesaur. *dec.* 84. *num.* 1. Forster. 6. *de succ. ab int.* 37.

(*q*) Nam & hic posthumi loco est §. 2. *Inst. de exh. lib. l.* 13. *ff. de injust.*

(*r*) §. 12. *Inst. de her. quæ ab int. l.* 4. C. *de lib. præt.* in medio *l.*

(*s*) Quippe qui & ipso jure testamentum evertunt. *l.* 4. *vers. sancimus.* emancipati vero jure civili incogniti, §. 3. *Inst. de exh. lib.*

redaris (*t*) necessarium alterum, & ceteris liberis, parentibus, fratribus cum exhæredatis tum præteritis †.

Casus externus, aut a testatore est, aut ab hærede. A testatore, cum is mutato statu, bona habere desinit, quod accidit cum capite minuitur, nec interest, quæ sit ea capitis deminutio, maxima, media, an minima (*u*), omnibus enim his modis irritum fieri testamentum dicitur, excepto eo, quod ante captivitatem factum juris postliminii, aut legis Corneliæ commento (*x*) sustinetur. Pro capite minuto etiam habendus is, qui reus postulatus, vel in scelere deprehensus, metu criminis imminentis (*y*) mortem sibi conscivit. Sed quæ testamenta capitis deminutione irrita facta sunt, eventu interdum convalescunt; idque vel manente adhuc capitis minutione ut (*z*) militis ex delicto militari damnati; vel pristina conditione restituta, ut ceterorum, qui cum post factum testamentum capite minuti essent, postea pristinum statum receperunt, quo casu a scriptis hæredibus bonorum possessio secundum tabulas peti potest, a (*a*) legitimis quidem semper, ab extraneis nonnisi voluntate recenti judicio, puta codicillis, aut aliis literis (*b*) confirmata. Ab hærede casus unus est, cum is deficit, qui modus non est proprius hujus loci, in quo id solum quæritur, an idoneum sit testamentum ad deferendam hæreditatem.

CAPUT XXXVIII.

De Heredibus instituendis.

Potestate deferendæ hæreditatis constituta, offert sese pars altera, voluntas nimirum, ut quis hæredem, quem esse velit, instituat, id est, ad hæreditatem, sive universi juris successionem vocet. In hac igitur parte institutio versatur hæredis, quæ justa ut sit, dupliciter consideranda: in instituendi jure, & potestate, deinde in voluntate instituendi. Potestas instituendi spectanda tum in verbis; tum in re institutionis. Verbis (*c*) quibusvis hæredem institui posse receptum est. In re institutionis quatuor sunt expendenda: persona hæredis, modus instituendi, numerus hæredum, item plurium hæredum partes. De persona hæredis hoc jus præcipit, omnes institui posse, cum quibus est testamenti (*d*) factio; quo in numero sunt non tantum qui testamenti faciendi jus habent, sed omnes omnino, qui ex testamento alieno, aut sibi, aut (*e*) alii acquirere possunt. Cum autem soli cives Romani testamenti factionem ex sua persona habeant, relinquitur, nec servos ut servos, nec (*f*) peregrinos & ἀπόλιδας hæredes institui posse. Ceterum servi, quamvis conditione personæ testamenti factionem non habeant, tamen si per eos hæreditas ad (*g*) cives Romanos perventura est, recte instituuntur. Sed nec omnes cives sine exceptione institui possunt. Primum qui incestis nuptiis sese polluerunt (*h*), frustra & se mutuo, & propudiosam sobolem instituunt. Secun-

(*t*) Neque enim putavit prætor exhæredatione notatos ad cont. tab. bon. poss. admittendos, *l.* 8. *cont. tabul.* Ceterorum autem præteritio pro exhæredatione est §. *ult. Inst. de exh. lib.* ideoque queremæ auxilium iis semper necessarium *d.* §. *ult.* §. 2. *Inst. de inoff.*

† Meminisse hic oportet, ita ex superioribus caussis rescindi testamentum, ut præter institutionem cetera firma maneant. *auth.* ex *causa*, C. *de lib. præt.*

(*u*) §. 4. *inst. hoc tit. l.* 6. §. 5. 7. *deinc. ff. de injust. l.* 11. §. *ult. sec. tab.* §. 6. *Inst. hoc tit.*

(*x*) *d. l.* 6. §. *pen.* §. *ult. Inst. quibus non est perm. fac. test. l.* 12. *ff. eod. tit.* Ceterum nec militis, aut veterani de castrensi peculio factum testamentum irritum fit aut adrogatione. §. 3. *Inst. de milit. test. l.* 22. *& seq. ff. eod.* aut emancipatione. *d. l.* 6. §. *ult.* quia & ante emancipationem in castrensi peculio vice patrisfam. fungitur, nec adrogatio conditionem peculii mutat. *l.* 2. *de S. C. Mac.* Ant. Matth. ad *d.* §. 4. *Inst. hoc t.* Hodie emancipati nec capite minuuntur, ut alibi demonstratum est.

(*y*) *d. l.* 6. §. 7. cujus bona quasi damnati fisco vindicantur. *l.* 3. *ff. de bon. eor. qui sib. mort. consc.*

(*z*) Si prius, quod irritum factum erat, valere voluit. Huic enim & jure militari testari, permittitur. *d. l.* 6. §. 6.

(*a*) *l.* 12. *in fin. princ. de injust.* tametsi juris civilis scrupulositate testamentum non valeat.

(*b*) *l. pen.* §. *ult sec. tab.* atque ita potius temperandus §. 6. *Inst. hoc tit.* quam cum Bart. distinguendum inter cap. minutionem voluntariam, & necessariam, quasi in illa confirmatione esset opus, in hac nequaquam; quod refellitur *d. l.* 6. §. 6. Atqui testamentum nuda voluntate constitui non potest. Huic objectioni eleganter occurrit Papin. in *d. l. pen.* §. *ult.* Ejus, qui a Principe restitutus est testamentum ipso jure convalescit. *arg. d. l.* 6. §. 12. *l.* 1. §. 12. *l.* 1. C. *de sent. pass.* ideoque non est necessaria scripto hær. bon. possessio.

(*c*) *l.* 15. *Cod. de testam.* Gloss. & Bart. ad *l.* 48. *ff. hoc tit.*

(*d*) *l.* 49. §. 1. *eod.* §. *in extraneis*. *Inst. de hær. qual.* sicut & legari illis solum potest §. *legari*. *Inst. de legat.*

(*e*) Et ideo furiosus, & mutus, & posthumus, & infans recte hæredes instituuntur *d.* §. *in extraneis*, modo sint cives. *arg. d.* §. *legari*, junct. *l.* 1. *ad l. falc.*

(*f*) *l.* 1. C. *eod.* Peregrini autem sunt quicumque non sunt cives Rom. *l.* 6. §. 2. *ff. eod.* Hodie pro civibus cujusque gentis habentur, qui in ea gente sunt liberi, & imperio subjecti.

(*g*) Proprii sc. non nisi cum libertate; ideoque etsi simpliciter instituti sint, hoc ipso tamen liberi erant. *in pr. Inst. eod. l. penult. Cod. de nec serv. hær. Inst.* Servi alieni ex persona domini institutio sustinetur, eoque jussu domini hæreditatem adeunte, perinde habetur, ac si ipse dominus institutus fuisset. *l.* 31. *ff. eod. l.* 11. §. 1. *ff. de acq. rer. dom.* §. 3. *Inst. per quas pers.* Sic capti ab hostibus recte instituuntur propter jus postliminii. *l.* 32. §. 1. *eod.* Item servus hæreditarius, qui tantisper personam a defuncto per interpositam hæreditatem mutuatur. §. 2. *Inst. eod.* adhib. Hot. ad *d.* §. 2. *& preced.*

(*h*) *l.* 6. C. *de incest. nupt.*

Secundo, liberis legitimis superstitibus, naturales ex patris testamento unicam tantum unciam, parentibus solis superstitibus, octo tantum uncias (*i*) capere possunt. Postremo si mulier adulterum suum, aut hic illam hæredem instituerit, hæreditas institutis ut indignis aufertur, & fisco (*k*) vindicatur.

Ceterum quæ dicta sunt de his, qui omnino institui non possunt, ita demum locum habent, si pure instituantur; sub conditione vero, cum capere poterunt, institui posse benigne (*l*) receptum est. Peregrinis autem pure institutis, hæreditas in ea causa est, in qua esset, si scripti non fuissent. Quid autem si recte ab initio institutus, deinde factus peregrinus, postea in civitatem restituatur? Et in extraneis hæredibus observatur, ut sit cum iis testamenti factio tribus † temporibus, testamenti facti, mortis testatoris, aditionis: media inter institutionem, mortemque, & aditionem tempora mutationi juris non (*m*) nocent. In suis, & necessariis hæredibus duo tantum tempora inspiciuntur, testamenti & mortis, cum aditio his non sit (*n*) necessaria.

Non quovis modo instituere licet; quædam enim institutioni adjecta improbantur. Eorum genera duo: unum eorum, quæ pro non adjectis habentur, ut his detractis salva maneat institutio; alterum eorum, quæ & se, & institutionem totam vitiant. Prioris generis sunt hæc tria: dies certus, conditio impossibilis, res certa. Primum hæreditas ex die, aut ad certam diem non recte datur, sed, vitio temporis sublato, manet (*o*) institutio. Secundo favore supremæ voluntatis pro non scripta habetur (*p*) conditio impossibilis, cujusmodi esse intelligitur non tantum ea, cui natura impedimento est, quominus existat, sed & quæ legibus, & bonis moribus est (*q*) contraria. Postremo si ex re certa, puta ex fundo, solus quis fuerit institutus, valet institutio (*r*) detracta fundi mentione; si plures similiter ex re certa, adjecto ad hæreditatem inutilis valebit ad rerum (*s*) divisionem. Sin ex duobus hæredibus unus institutus sit ex re certa, alter simpliciter, aut ex parte aliqua hæreditatis, cum qui ex re certa institutus est (*t*), legatarii loco haberi placuit. In posteriore genere, quæ institutionem vitiant, sunt duo (*u*): turpis demonstratio hæredis, qualis est, quæ contumeliæ causa addi solet, item conditio interdum. Conditionem alias persona hæredis non recipit, alias in universum leges repudiant. Unus filiusfam. suus hæres vetatur sub alia conditione institui, quam quæ in ejus sit † potestate. Quæ in universum legibus improbatæ institutionem vitiant, duæ sunt conditiones: in alienam voluntatem (*x*) aperte collata, item (*y*) captatoria. Quod ad priorem attinet, satis constanter (*z*) veteres decreverunt, Testamentorum jura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno pendere arbitrio. Sed ita, inquam, officit hæc conditio, si nominatim expressa sit; omissa, quamvis tacite intelligatur, non (*a*) obest. Capta-

(*i*) Nov. 89. *c.* 12. olim naturales non minus, quam ceteros cives non ab extraneis tantum, sed etiam a patre, idque in solidum hæredes institui potuisse certum est. *l.* 45. *de vulg. l.* 16. §. 1. *de his, quæ ut indig. l. ult. de jur. delib.* Primus Constantin. vetuit eos ex patrum testatorum hæreditate quidquam consequi l. 1. Cod. Theod. *de nat. lib.* Quæ Constantini contra filios naturales asperitas deinde a Valent. & Valentin. mox ab Arcad. & Hon. mitigata est *d. l.* 1. *l.* 2. C. *de nat. lib.* & novissime a Just. *d.* Nov. 89. Ab extraneis igitur etiam nunc institui poterunt: quamvis autem lege veteri nihil de successione eorum cautum fuerit, (qui sensus est Just. d. Nov. *in pr.*) vocabantur tamen ad successionem intestatæ matris possessione unde cognati. *l.* 2. *& 4. unde cogn.* & ex S. C. Orfic. ad hæreditatem §. 3. *Inst.* de *S. C. Orf.* Vid. omn. Palæot. *de noth. spur. fil.* 3. 35. *& seq.* Diss. cum Alc. *c.* 4. *par.* 9. Ant. Fab. *r. jurispr. tit.* 9. *pr.* 2. *ill.* 1.

(*k*) *l.* 13. *&* 14. *ff. de his, quæ ut indig.*

(*l*) *l.* 62. *ff. hoc tit.* nec obstat reg. Catoniana, quippe quæ ad conditionales institutiones non pertinet, *l.* 1. *& pen. de reg. Cat.*

† Testamenti facti, ut consistat institutio; mortis, ut exitum habeat; aditæ hæreditatis, ut acquiri hæreditas possit. §. 4. *Inst. de hær. qual.* 49. §. 1. *ff. hoc tit.*

(*m*) *dd. locis*. res exemplo illustratur in *l.* 6. §. 2. *eod.*

(*n*) Quia statim ipso jure hæredes existunt. *l.* 14. *de su. & leg.* §. 3. *Inst. de hær. quæ ab int.*

(*o*) *l.* 34. *ff.* §. 9. *Inst. hoc tit.* ne pro tempore adjecto intestatus quis decedat, quod nemini licet. §. 5. *Inst. eod. l.* 7. *de R. J.* nisi militi, qui proinde nec huic juris subtilitati servit. *l.* 41. *de Test. mil.* id vero in conditione adjecta metuendum non est, cum ea retrotrahatur. *l.* 26. *de cond. inst. l.* 54. *de acq.* proinde & ex die incerto hæres institui poterit, exempl. in *l.* 56. *eod.* nam & is conditionem facit. *l.* 75. *de cond. & dem.* Ceterum contractibus non minus dies certus, quam conditio, adjicitur. §. 1. *Inst. de V. O.* ut & legatis *l.* 1. *de cond. & dem.* quia dilationem adfert debitori, aut hæredi.

(*p*) §. 10. *inst. cod. l.* 1. *de cond. Inst. l.* 3. *de cond. & dem.* in contractibus contra §. 10. *Inst. de inut. stip.* nimirum hæredi imputari non debet, quod hujusmodi conditioni non pareat; qui autem contraxit, sibi imputet, quod talem conditionem admiserit. *l.* 31. *de obl. & act.*

(*q*) *l.* 14. *& seq. ff. de cond. Inst.*

(*r*) *l.* 1. §. 4. *eod.* nam earum rerum naturaliter inter se pugna est successio universi juris, cujusmodi quid est hæreditas. *l.* 62. *de* R. J. & acquisitio rei singularis.

(*s*) Pro modo sc. earum rerum, [illegible] utique relictæ sunt, quod explicatur in *l.* 35. *ff. cod.* [illegible] *l.* 48. *eod.* & Duar. *ad hunc tit. c.* 5.

(*t*) Ita voluntas testatoris variatur circumstantiis *l. pen.* C. *eod.* vulgo tamen receptum est, filium in re certa institutum de inofficioso agere non posse. Consule Goveãn. *r. var. res.* 2. *n.*6. Covar. in *c. Rainutius. ex. de testam.* §. 1. *n.* 9. *&* 10.

(*u*) *l.* 9. §. 8. *eod.* ut legato vitiat. *l.* 34. *de leg.* 1.

† *l.* 4. *ff. eod. l. ult. de cond. inst. l.* 4. C. *de inst. & sub.*

(*x*) Ut Titius hæres esto si Sempronius voluerit. *l.* 32. *l.* 68. *ff. eod.*

(*y*) *l.* 70. *& seq. ff. cod. l.* 64. *de leg.* 1.

(*z*) *d. l.* 32. quod & pari ratione in legatis placuit. *l.* 52. *de cond. & dem.*

Captatoria institutio dicitur, cum testator hæreditatem suam tamquam in hamo defert, ut (*b*) alienam allectet, atque invitet hoc † modo: Qua ex parte Titius me instituet, ex eadem mihi hæres esto. Captatoriam institutionem (*c*) tria faciunt; conditio ad secretum alienæ voluntatis collata; conditio de hæreditate alterius obtinenda; eaque in futurum concepta. Quæ autem institutiones in (*d*) præteritum conferuntur, captatoriæ non sunt, ut pote quæ mutuis affectionibus judicia (*e*) provocasse videantur.

De duobus reliquis in potestate instituendi considerandis jus expeditum (*f*) est. Potest enim quisque vel unum, vel plures hæredes instituere, aut plures etiam gradus hæredum facere, omnes, aut ex æquis, aut inæqualibus partibus hæredes esse jubere. Partes hæ usque ad assem, sive uncias 12. crescunt; & si plures, aut pauciores partes factæ sunt, in 12. semper potestate juris hæreditas revolvitur. Quot, & quibus ex partibus hæredes instituti sint, voluntatis est quæstio, non potestatis; ideoque ad locum sequentem pertinet.

CAPUT XXXIX.

Quis institutus hæres intelligatur.

Deinceps igitur videamus, qui hæredes voluntate defuncti instituti deprehendantur. Constat omnis institutio duabus rebus; verbis voluntatem testatoris declarantibus; sententia item, & mente testatoris verbis congruente. Utrumque in omni parte institutionis adeo necessarium, ut nec verba unquam sine voluntate valeant; nec voluntas, nisi (*g*) testata, rata habeatur. Partes in omni institutione tres sunt: persona instituti; ejus institutio; partes inter plures institutos distribuendæ. De persona hoc tenebimus, eam verbis designari oportere; hæredem institutum, nisi certus (nomine (*h*), aut indubitabili signo) demonstretur, neminem intelligi. Sed & si certus scriptus sit, aut nuncupatus, non aliter tamen hæres erit, quam si testator voluerit. Propone, testatorem in corpore instituti, aut conjunctione sanguinis errasse, placet neque eum hæredem esse, quia scriptus est; qui voluntate deficitur, neque eum, quem voluit, quia (*i*) scriptus non est. Enim vero falsa circumstantiarum demonstratio institutioni non (*k*) nocet.

Institutio quoque, sive ad hæreditatem vocatio (*l*) verbis exprimi debet: quibus autem verbis exprimatur nihil refert, modo sciamus, nec hic quidquam (*m*) nuncupatum videri, quod contra voluntatem scriptum est. De partibus quæstio duplex: quomodo recte ex voluntate relinquantur; quæ, quibus adscriptis, aut non adscriptis relictæ intelligantur. Quomodo relictæ intelligantur; ex eadem scripti, & voluntatis regula æstimandum; ita tamen, ut necesse non sit partes semper verbis exprimi, sed satis sit aliquando verbis eas significari, ut cum plures sine partium definitione instituuntur, quos satis constat ex (*n*) æquis partibus omnes vocari. Quod si nolit testator ex æquis partibus hæredes succedere (*o*), necessaria est partium expressio; proinde hic, si nihil scriptum erit, pro omisso

---

(*a*) Exempl. in *l.* 68. *ff. eod.* inde dictum: Expressa nocent, non expressa non nocent. *d. l.* 52. *de cond. & dem.* Inter quæ quantum re ipsa intersit, dicam quantum satis est *c.* 54.

(*b*) Uberiorem forte proinde non tam suam promat, quam corripiat alienam, ut de viscatis, humatisque muneribus scripsit Plin. in *epist.*

† Aut sic. *si Titius Sejum hæredem instituet, ille, vel Cajus hæres esto:* nihil enim interest, cujus captetur hæreditas. *l.* 71. *eod.* vid. Cujac. 16. *obs.* 11.

(*c*) Ut loci superiores manifeste ostendunt. Falluntur autem qui putant captatoriam institutionem eamdem cum illa, quæ confertur in alienam voluntatem, qui vetus error est.

(*d*) Ut, *Titius hæres esto qua ex parte me hæredem instituit. d l* 71.

(*e*) *d. l.* 70. *eod.* talis enim institutio non reposcit gratiam, sed refert.

(*f*) Inspiciantur hi loci §. 4. 5. & 6. *Inst. l.* 13. §. 2. *ff. eod. princ. Inst. & l.* 1. *ff. de vulg.* addatur & Budeus *de asse.*

(*g*) *l.* 9. *in pr. ff. de hær. inst.* & sic temperandum est, quod traditur in *l.* 35. §. *rerum*, 3. *ff. eod.*

(*h*) *d. l.* 9. §. 8. *& seq. eod.* tralatitium autem est demonstrationem vice nominis fungi. *l.* 6. *de reb. credit. l.* 34. *de cond. & dem.* addit. *d.* 58. *h. tit.* semper tamen turpem, & contumeliosam accipimus. *l.* 9. §. 8.

(*i*) *d. l.* 9. *in pr. l.* 5. *C. de testam. l.* 4. *C. de hæred. inst.* Quo loco quod dicitur instituto auferendam esse successionem, sic accipiendum est, non ut fisco vindicetur, sed ut ad eos perveniat, qui alioqui hæredes futuri essent. *l.* 7. *C. d. t.*

(*k*) *l.* 17. & 33. *de cond. & dem.* veluti si quis erret in patre, aut patria, aut simili assumptione. *l.* 48. *in fin. h. tit.* dum ne error aliquis voluntatem impediat, qualis est sanguinis, ut dictum est. Mantic. *de Coni. ult. vol. lib.* 4. *tit.* 7. Ceterum falsa demonstratio, quæ non ex errore proficiscitur, nunquam nocet, exemplum in *l.* 58. *in fin. eod.*

(*l*) Licet verborum solemnium necessitas sublata sit. *l.* 15. *C. de Testam* add. *l.* 1. §. 5. *& seqq. ff. de hær. Inst.* Qua formula nostri notarii in hæredum institutionibus vulgo utantur, satis notum est.

(*m*) *d. l.* 9. *in pr.* voluntas enim totum facit, *d. l.* 35. §. 3. l. 22. *de leg.* 1. Igitur si testator conditionem addidit, dum nollet, detrahetur conditio; si non addidit destinans inserere, eum, qui scriptus est, Marcellus pro instituto non habet. *d. l.* 9. §. 5. nec adversatur l. *pen. in pr. C. de inst.* nam illis verbis secundum conditiones, quas infra scripsero, non continuo probatur certum propositum de conditione adjicienda, sed tantum consilium quoddam deliberantis indicant, quod eo ipso, quod conditionem non adjecit, mutasse credendus est. *arg. l.* 2. *ff. hoc tit.*

(*n*) §. 6. *Inst. eod. l.* 9. §. *hæredes*, 12. *ff. eod.* Quid si illi, qui ab intestato in stirpes, aut portionibus inæqualibus successori fuissent, instituti sint sine definitione partium? Adhuc idem dicendum, nempe quia & hi pariter, atque ex æquo vocantur. Videant provectiores Mantic. *de coni. ult. vol. lib.* 4. *tit.* 11. *n.* 11. ubi refert Dec. ita ex facto respondisse.

(*o*) *d.* §. 6. *Inst. d. l.* 9. §. 12. *ff. eod.*

omisso quod cogitatum est habebitur; si minus scriptum, plus nuncupatum, tota ea portio, quæ nuncupata est, delata intelligitur; si plus scriptum, minus dictum, ea tantum pars, quæ dicta est (*p*).

Altera quæstio paulo obscurior ex varietate oritur scripturæ. Nam aut omnes partibus non definitis, aut contra definitis, aut quidem definitis partibus, alii indefinite scribuntur. In hac incertitudine hæc voluntatis est explicatio. Si nullæ partes adscriptæ sunt, omnes ex æquis partibus hæredes erunt, adhibito tamen hoc temperamento, ut si ex altera parte plures conjunctim, aut collectivo nomine sint instituti, hi omnes nonnisi unam (*q*) personam referre intelligantur. Si partibus omnium definitis minus esse distributum reperiatur, residuæ partes singulis pro rata accrescunt; si plus, æque singulis pro (*r*) rato decrescet. Partibus autem in quarumdam persona expressis, si alii indefinite scripti erunt, hic si quid assi deest, in id indefinite scripti (*s*) æqualiter vocantur; si nihil deest (*t*), semissem definite scripti detractum sibi divident; si superatus est as, quod dupondio deest, habebunt (*u*).

CAPUT XI.

De substitutionibus.

HIc consistendum esset omnino, si in locum priorum hæredum deficientium nullos alios testator substitueret. Nunc quia sæpe evenit, ut alios substituat, dum hoc agit, ut primo gradu deficiente, saltem ex secundo hæredem testamentarium habeat, ideo neutiquam hæc pars omittenda. Duplex autem in hac parte occurrit quæstio, prima est de potestate substituendi; liceatne semper, prioribus hæredibus remotis, alios in eorum locum substituere; secunda de voluntate substituentis, quibus ex hac substitutione, quatenus, & quando deferatur hæreditas. De quibus omnibus pro diverso genere substitutionum varie habendum est. Substituere est in locum prioris hæredis remoti alium hæredem (*x*) statuere. Species (*y*) substitutionis (*z*) duæ: vulgaris, & non vulgaris; atque hæc iterum in pupillarem, & mentecapti divisa est.

Substitutio vulgaris est, cum in hunc casum hæredi instituto quis substituitur (*a*): Si institutus hæres non erit. Hæc † vulgo, & promiscue omnibus hæredibus a quovis testatore fieri potest, non tantum ut possit secundo gradu, & singulos singulis substituere, sed etiam gradu ulteriore, & plures pluribus, & uni plures, & pluribus unum, vel ipsos invicem inter se. Quibus autem ex hac substitutione deferatur hæreditas ita noverimus, si eam testamento insertam videamus. Nam aut verbis reperitur expressa; aut non expressa intelligenda est. Exprimitur dupliciter, aut oratione plena: Si is hæres non erit, ille hæres esto; aut uno verbo: Titium Mævio substituo; vel inter plures hæredes: Eos invicem substituo; quæ substitutio (*b*) reciproca veteribus dicta est. Intelligitur duobus hisce casibus: uno, si pater filio impuberi substituit in (*c*) secundum casum: si hæres erit, & impubes decesserit: altero, si cohæredi substituto Tertius substituatur. Hic Tertius quasi utrique substitutus ad utriusque partem

sine

(*p*) Quæ omnia indicant hi loci. *l.* 2. §. 1. *d. l.* 9. §. 2. *&* 3. *eod.*

(*q*) *l.* 13. *in pr. l.* 59. §. 2. *eod.* ut non amplius capiant, quam unus ex disjunctis; idque generaliter placuit in quavis distributione rei testamento relictæ. *l.* 34. *de leg.* 1. *l. un. C. de cad. toll.* §. *his ita,* 10. enimvero si conjunctioni adjiciatur particula æque, aut æquis partibus, viriles omnes habebunt. *d. l.* 13.

(*r*) Utrumque hoc est in §. 7. *Inst. & in d. l.* 13. §. 2. 3. 4. *ff. eod.* Nihil autem magis voluntati defuncti convenit, quam eamdem rationem in hac accretione, & vice versa retinere, quam habent inter se partes testamento definitæ.

(*s*) Puta duobus ex quadrantibus institutis tertius adjicitur indefinite; hic tum quod assi deest, id est semissem feret. *l.* 17. *in pr. ff.* §. 6. *Inst. eod.*

(*t*) *dict.* §. 6. *dict. l.* 17. §. 3. *eod.* add. & §. 4. *d. l.*

(*u*) §. 8. *Inst. eod.* Quid si, expleto dupondio, aliquis sine parte institutus sit? nempe in trientem admittetur, ut diserte traditum est in *d. l.* 17. §. *ult.* & eleganter defendit Anton. Fab. 5 *controv.* 20. *conject.* Hot.

(*x*) Atque idcirco vocatur secundi hæredis institutio. *l.* 43. §. 2. *ff. de vulg. & pup.* & substituti secundo, vel inferiore gradu instituti. *l.* 20. §. *ult. de cond. Inst.* de notatione verbi vid. Vigl. in *rub. de vulg.*

(*y*) Distribuitur vulgo substitutio in directam, & fideicommissariam; quod equidem non improbo, cum fideicom. hæreditas non uno in loco substitutio dicatur. *l.* 41. §. 2. *l.* 46. *ff. eod. l.* 57. §. 1. *ad Treb.* verum nos, quos ordinem distributionis *cap.* 31. propositæ sequi oportet, hic eos tantum modos persequimur, quib. directo Testam. defertur hæreditas, de fideicom. hæred. dicturi *c.* 46.

(*z*) Neque sunt plures jure communi receptæ. *arg. l.* 1. §. 1. *eod.* sicut nec plures sunt casus, in quos substitutio fit, quam duo: unus, si hæres non erit; alter, si hæres erit. *l.* 4. *ff. eod. l.* 8. *Cod. de imp. & al.* Genera autem substitutionum a casuum differentia distinguenda. Modi vero substituendi plures sunt, quorum distinctio ex figura orationis pendet. Sic compendiosa, & reciproca, quam & breviloquam appellitant, non specie a superioribus differunt, sed conceptione tantum. Inspiciant tamen studiosi, si qui volent, Schneid. ad *Tit. Inst. de sub. cap.* 3. *&* 4.

(*a*) Conditio vulgaris substitutionis, qua existente demum substitutioni locus. *l.* 1. §. 1. *eod. Inst. In pr. eod.*

† Unde & nomen vulgaris. Ita vulgari modo dos prælegari dicitur, cum usitata adjicitur clausula, annua, bima, &c. *l.* 4. *de dot. præl.* quæ sequuntur sunt in *l.* 36. *ff. & d. pr. &* §. 1. *Inst. eod.*

(*b*) *l.* 4. *ff. eod.* ea est, quæ a DD. breviloqua dicitur.

(*c*) Hoc est, quod vulgo dicitur, substitutioni pupillari inesse tacitam vulgarem, & viceversa. Exemplum esse potest nobilissimum illud judicium Curiarum, cujus meminit Cic. *pro Cæc. &* 1. *de orat.* vid. Gabot. 2. *disp.* 16. *&* 17.

fine (*d*) distinctione (*e*) admittetur. Si plures sint instituti ex diversis partibus, omnesque invicem fine partibus substituti, credendum est ex iisdem (*f*) partibus substitutos, ex quibus instituti sunt, nisi (*g*) nominum expressio aliud suadeat. Defertur ex hac substitutione hæreditas tunc, cum conditio substitutionis existit. Hoc contingit dupliciter; vel cum institutus hæres esse non vult; vel cum hæres esse non potest, jure, aut natura † impeditus. Existente autem hærede instituto expirat (*h*) substitutio. †

Non vulgaris substitutio fit in contrarium casum: Si institutus hæres erit, & postea hæres desinet. Hæc, ut dictum est † duplex, pupillaris, & mente capti: Pupillaris (*i*) est, quæ fit liberis impuberibus in potestate constitutis, sub hac conditione: Si hæredes extiterint, & intra pubertatem decesserint. Eadem hic, quæ in superiori genere, spectanda, potestas substituendi, substituentis voluntas. In potestate duplex quæstio: quid jus quibus concedat, inde quibus conditionibus. Principio permissum est parentibus (*k*) liberis suis impuberibus, quos in potestate habent, testamentum facere, seu eum dare hæredem, qui succedat in omnia pupilli bona, etiam quæ (*l*) aliunde ei obvenerunt. Verum hoc non passim permissum, sed certis conditionibus, quarum quædam spectantur in persona liberorum, quædam in conditione propria hujus substitutionis, quædam in solemnibus externis. In persona liberorum hæc: ut sint impuberes, quos pater habeat in potestate, qui iidem post mortem ejus futuri sint (*m*) sui juris. Conditio substitutionis propria, si quidem liberi instituantur, hæc est: Si hæredes extiterint, & impuberes decesserint; sin † exhæredentur, posterior tantum conditionis (*n*) pars exprimatur. Masculis igitur usque ad annum 14. Feminis usque 12. substitui potest; & si hoc tempus excesserint (*o*), evanescit substitutio. Quid ergo si pater verbis substitutionis annos pubertatis excesserit? non eo minus (*p*) utilis erit substitutio, sed pubertate nihilominus finietur. Solemne hujus substitutionis unum, ut prius statuatur testamentum patris, cujus viribus nitantur (*q*) tabulæ

(*d*) Ut nihil intersit ante substitutionem, an postea substitutus sit, aut prior substitutus post institutum, ante decedat. *l. 41. in pr. eod.*

(*e*) Ex tacita videlicet substitutione. *l. 27. eod.* §. 3 *Inst. de vulg.* non jure accrescendi, quod quovis modo hæredibus competit. *l. un. C. de cad.* Inter quæ quantum intersit docet Vigl. *ad* 6. §.

(*f*) §. 2. *Inst. l. 24. ff. eod.* nec enim pluris eos fecisse testator videtur in substitutione, quam in institutione, unde & legata ab institutis relicta a substitutis repetita esse intelliguntur, si non fuerit evidens diversa voluntas. *l. 44. de leg. 1.*

(*g*) Si non sub appellatione hæredum, sed propriis nominibus expressis substituantur, æquis portionibus succedunt. *l. 24. ad Trebell. l. 124. de leg. 1.* cum in substituendo non ad partes datas, sed ad personas habita sit relatio. Vigl. *d. §. 2. n. 1.*

† Puta si vivo adhuc testatore, aut ante aditam hæreditatem decesserit, aut conditio, sub qua institutus erat, defecerit.

(*h*) *l. 5. C. de impub.* Existit hæres institutus, suus ipso jure. §. 2. *Inst. de hær. quæ ab int.* neque enim cum Bart. putandum, substitutionem vulgarem ex suo hærede facere extraneum. vid. Gom. 1. *res.* 3. *n.* 15. Extraneus adeundo. §. *ult. Inst. de hær. qual.* Quid si suus se abstineat, extraneus contra aditionem restituatur, convalescetne substitutio? Ita sentit Ant. Fab. 3. *cont.* 4. Duar. contra *c.* 10. *hic*. Ego Fabro assentior. *arg. l. 44. de re jud. l. 42. de acq. hær.*

† Hisce præceptis positis, facile erit respondere ad varias quæstiones, quæ hoc loco moveri solent. Primo quæritur, filiof. repudiante, utrum Pater, an substitutus admittendus sit? consequens est superioribus, substitutum, excluso patre, admittendum. Arg. est in *l. 3. C. de hær. inst.* quod pluribus confirmat Fab. *Dec.* 33. *err.* 7. Diff. tamen cum comm. Duar. *d. loc.* Secundo: Si hæreditas instituto, ut indigno auferenda sit, fiscusne potior sit, an substitutus? consequens est, fiscum esse potiorem. Duar. *d. cap.* Tertio, an is, in quem ex lege Theod. transmissa est hæreditas nondum adita præferatur substituto? & hoc quoque consequens est, ac tantum non diserte expressum in *l. un. §. 13. C. de caduc. toll.* Quarto superiori consequens videtur, ut & is præferatur substituto, ad quem, mortuo instituto intra tempus deliberationi præfinitum. *l. 19. C. jur. del.* jus illud transmissum est, hoc & Duar. *d. c.* cui assent. com. DD.

† Neutra tamen apud nos usum habet: sed utimur substitutione fideicommissaria. Certe hæc nostrorum comm. est opinio, in qua & D. Præs. Banchem fuisse dicitur.

(*i*) Sic dicta, quia solis pupillis fit; nempe si mortem testatoris spectamus. Vid. VVesemb. *ad rubr. ad l. 1. §. 1. l. 2. ff. & pr. inst eod.*

(*k*) Sine discrimine. *d. l. 2. in pr. ff. eod.* §. 4. *& pen. Inst. de pup.*

(*l*) Ex hæreditate, legatisve propinquorum. *d.* §. 4. *l. 10. §. 5. ff. eod.*

(*m*) *d. l. 2. d. pr. &* §. 8. *Inst. d. Tit.* nempe hoc jus substituendi solius patriæ potestatis est, eaque duobus temporibus spectanda, substitutionis, & mortis. *l. 41. §. 2. ff. eod. arg. §. 4. Inst. de hær. qual.*

† Nam & substitutio exhæredato facta jure valet, & emolumenta pupilli adventitia complectitur. *d. §. 4. l. 1. §. 1. ff. eod.*

(*n*) Quippe prior illa, si hæres erit, in exhæredato usum habere non potest. Formula sit hæc: *Titius hæres esto, filius exhæres; Si filius moriatur ante, &c. Sempronius ei hæres esto.*

(*o*) §. *pen. Inst. eod.* directa sc. seu verbis civilibus facta. *l. 7. ff. eod.* Ceterum etiam puberi filio, aut cuivis extraneo per fideicommissum substitui potest. §. *fin. inst. eod.*

(*p*) *l. 14. eod.* ne utilis substitutio per inutilem adjectionem vitietur. *l. 1. §. pen. de V. O.* Bellissime autem valeat saltem jure fideicommissi, & valere vulgo placet. *Arg. l. 76. ad Treb. l. 17. eod. l. 64. de leg. 2.* maxime si adjecta sit clausula codicillaris, quæ hodie in testamentis fere adjicitur. Mant. *de conj.* 5. *tit.* 2. *n.* 11. Contra plerique ex Neotericis valere negant. *arg. l. 7. l. 14. ff.* §. *pen. Inst. eod. l. 5. C. de fideic.* Vigl. ad *d.* §. *pen.* Fab. *conj.* 15. *cap.* 14. Bronch. 3. *ass.* 33. Cujac. 11. *ib.* 25.

(*q*) In pupillari substitutione duo quodammodo sunt testamenta; unum principale patris, alterum pupilli, pars, & sequela paterni. §. 2. *&* 5. *Inst. l. 2. §. 4. ff. eod. l. pen. ff. Test. quemad. ap.* unde hujusmodi testamenta duplicia vocantur. *l. 79. ad Falc.* idque verum est, si materiam spectamus, & finem; ceterum si efficientem, & formam, unum tantum, quod quam vim habeat, intelligi poterit ex his locis *l. 20. ff. h. tit. l. 11. §. 5. l. 79. ad Falc. l. 8. §. 5. de inoff. l. 16. §. 1. ff. h. tit.* add. Mynf. ad *d.* §. 2.

tabulæ pupillares. Hinc tria in facto patris desiderantur: ut testamentum pater sibi faciat; ut hæredem in eo (r) prius sibi instituat; ut testamentum illud exitum habeat, hærede aliquo inde † existente. Alioqui si patris testamentum aut ab initio non valeat, aut postea irritum fiat, nec filii quidem (s) valebit. Interdum tamen etiam post repudiationem instituti admittitur substitutus, vel quia institutus ætatis beneficio adeundæ hæreditatis causa (t) restitutus sit, vel quod ex causa fideicommissi compulsus adire. Idem est, si omissa causa principalis testamenti ab intestato possideat, aut denique contra tabulas bonorum possessionem petierit.

Altera inspectio circa voluntatem est, ubi facta sit hæc substitutio, & cui quando ex ea deferatur hæreditas. Et hæc substitutio itidem, ut vulgaris, alias verbis exprimitur, expressa videlicet conditione propria hujus substitutionis, alias verbis non expressa intelligitur, quod fit, cum pater filio impuberi substituit in (u) primum casum: Si hæres non erit. Quod tamen ita coercendum, nisi voluntas palam refragetur. Quid enim si in secundum casum alium substituit, aut in conditione vulgaris substitutionis (x) alium comprehendit, in cujus persona locum non habet pupillaris? Defertur ex hac causa hæreditas (y) substitutis, qui certi sunt, si nominatim substituti: sin generaliter; Quisquis mihi hæres erit, his verbis, illi tantum ad substitutionem vocantur, qui & scripti sunt hæredes, & (z) extiterunt. Defertur tunc, cum filius patri superstes intra pubertatis annos mortuus est, nec aditio desideratur, cum ipso (a) jure hæres fiat. Quid si abstineat hæreditate? Sufficit semel hæredem extitisse.

Pupillari substitutioni finitima est substitutio (b) mente capti. Permittitur igitur (c) parentibus liberis suis mente captis hac conditione substituere, si in eadem mentis abalienatione decesserint. Permittitur autem & hoc certis conditionibus, quarum quædam communes cum pupillari, quædam hujus substitutionis propriæ. Communes hæ (d) tres: ut sint parentes qui substituant; ut ne mente capti post mortem parentum in alterius potestatem recidant; ut parentes sibi prius testamentum faciant. Propriæ, quibus a pupillari distat, partim sunt personarum, quibus substituitur; partim conditionum quarumdam substitutionis. Pupillaris fit liberis impuberibus etiam sanæ mentis, hæc mente (e) captis etiam puberibus: In conditionibus quadruplex est dissimilitudo: Prima est in potestate parentum; liberis impuberibus non aliter substituere parentes possunt, quam si eos in potestate habeant; mente captis (f) omnimodo. Secunda est in institutione liberorum. Impuberibus substituere licet etiam exhæredatis; mente captis nonnisi hæredibus (g) institutis, & legitima portione eis relicta. Tertia est in conditione hujus substitutionis propria. Pupillari convenit hæc: Si filius impubes decesserit, huic, si mente captus decesserit. Ut igitur illa pubertate, ita hæc finietur (h) resipiscentia. Postrema est in conditione substituti. Impuberi licet quosvis substituere, mente capto non quosvis licet; nam si liberos habet, vel unus ex his; vel omnes substituendi sunt: si fratres tantum, & hi, vel omnes, vel quot ipsi parentes velint (i) substituendi. Sin minus, licebit quosvis alios substituere. In voluntate eadem omnino servantur, quæ supra diximus in pupillari.

CA-

(r) Nec convertat ordinem scripturæ. *d. l.* 2. §. 4. nempe si ex intervallo sibi, & filio testetur, quod ei licet *d. l.* 16. §. 1. sin eodem tempore, eodemque contextu sibi, & filio, magis est, ut ordo successionis spectetur, ita cum Duar, *cap.* 14. Ulpianum intelligo in *d. l.* 2. §. 4. 5. 6.

† Existit extraneus adeundo, suus ipso jure, ut ante dictum est. Hinc vulgo traditur, existentiam sui hæredis confirmare tabulas pupillares, quod & Duar. probat *d. c.* 13. add. *l.* 30. §. 13. *de fid. lib. & omnino l.* 28. *de reb. auth. jud. poss.*

(s) *d. l.* 2. §. 1. *d.* §. 5. idque consequens est regulæ juris 129.

(t) Est hoc ut & ea, quæ sequuntur in *d. l.* 2. §. 1. 2. 3. *eod.*

(u) Vulgari casu expresse continetur pupillaris. *l.* 4. ff *eod. l.* 4. C. *de impub.*

(x) *d. l.* 4. §. 2. *l.* 45. ff. *eod.* species facti est in *d. l.* 4. C. *de imp.*

(y) Exclusis legitimis, etiam matre. *d. l.* 45. *eod. l.* 8. §. 5. *de inoff.* quod & in tacita verum puto, excepto casu *l. ult.* C. *de Inst.* Dom. ad *l.* 8. C. *de impub* in tantum, ut etiam a legitima excludatur. *d. l.* 8 §. 5. *de inoff.* Cod. 1. *in fin. de testam. in* 6. Gom. 1. *res.* 4.

(z) §. 7. *Inst. de pup.* Non igitur pater, aut dominus, qui per filium, aut servum hæredes extitere, neque hæredis hæres, quia non ex judicio veniunt. *l.* 8. §. 1. ff. *eod.*

(a) Ut jam aliquoties dictum est, eum autem, qui semel hæres extitit, etiam post abstentionem pro hærede haberi est in *l.* 7. §. 10. *in fin. de minor. l.* 30. §. 10. *de fid. lib.*

(b) Ea est, quam exemplarem vocant; propterea quod ad exemplum pupillaris introducta est.

(c) §. 1. *Inst. eod. l.* 9. C. *eod.* Antea nonnisi ex rescripto Principis hæc substitutio valebat.

(d) Quarum prima d. constitutione expressa est; ceteræ ex verbis satis intelliguntur.

(e) Igitur & furiosis. An & prodigis? etiam hoc consequens. *arg. l.* 12. *fin. de tut. dat.* cui accedit & assensio comm. Gom. *res.* 1. 6.

(f) Nisi ipsi, cum sanæ mentis essent, testamentum fecerint. *arg.* §. 1. *Inst. quibus non est per. fac. test.* Nam & mater potest. *d. l.* 9. C. *eod.* ergo & pater filio emancipato. Introducta enim hæc substitutio ex sola humanitate, affectione, pietate, & cura parentum erga liberos, non ex ratione aliqua juris civilis. *d. l.* 9. *in princ.*

(g) *d. l.* 9. alioqui quæ hic esse poterit humanitatis ratio?

(h) *d. l.* 9. & §. 1. *Inst. eod.* Quid si in eamdem mentis alienationem reciderit? si vivo adhuc patre, magis est ut duret substitutio. *arg. l.* 6. §. 2. *de hær. inst.* §. 4. *Inst. de hær. qual.* nisi forte per id tempus, quo sanæ mentis fuit, ipse testamentum fecerit. *d.* §. 1. *Inst. quibus non est perm.* Quod si tempore mortis testatoris sanæ mentis fuerit, evanescit substitutio. *arg. l.* 41. §. 2. *eod.*

(i) Ut diserte verbis constitutionis comprehensum est.

CAPUT XLI.

De militari Testamento.

Atque hæc ratio est deferendæ hæreditatis jure communi, certis legibus, ut videmus, adstricta. Est & alia deferendæ hæreditatis potestas, libera fere, & legibus istis soluta; sed solis militibus, cum propter functionem periculorum, tum propter (k) simplicitatem militaris disciplinæ tributa. Unde alterum testamenti genus militare, de quo hæc juris summa est. Uti quisque miles in expeditionibus occupatus de bonis suis testatus fuerit, ita ejus voluntatem ratam esse, & pro jure (l) servari. In hac definitione quatuor sunt ordine consideranda: quale sit hoc beneficium, quibus, quando, de quibus bonis tribuatur. Principio hoc beneficium tale est, ut qualiscumque militis voluntas suprema, si modo de ea, aut scripto, aut (m) testibus constet, rata habeatur. Apparet hoc ex remotione eorum omnium, quæ cauta sunt de hæreditate deferenda jure communi. Nam cum tria in omni testamento spectanda sint, ut ex eo recte deferatur hæreditas; testamenti ordinatio: ea, quæ testamento continentur; ejus infirmandi ratio, in his partibus quæcumque (n) subtilitatem magis, quam naturalem rationem habent, ea omnia constat militibus esse remissa: nam sive ii neque legitimum numerum testium adhibuerint, neque aliam ordinationis solemnitatem observaverint, sive liberos suos, quos habere se sciebant, præterierint, sive hæredem † ex die, aut in diem instituerint, aut eum instituerint, quicum testamenti factio non est, sive extraneis in secundum casum directo substituerint, aut solis liberis, non etiam sibi testamentum fecerint, recte nihilominus testantur, & voluntas eorum (o) custoditur. Lege falcidia ultra dodrantem jure communi legare non licet, militibus (p) licet. Jure communi numquam per se nuda voluntas testatoris ad infirmandum testamentum valet, invito eo multis modis infirmatur; e converso sola militis voluntas ad infirmandum (q) sufficit, invito autem eo nullo (r) casu infirmari potest, præterquam si maxima, aut media (s) capitis deminutio intervenerit. Sciendum tamen est, hactenus hæc militibus esse concessa, dum nihil statuant contra jus, aut (t) bonos mores. Secundo privilegium hoc tribuitur militibus, qui sub armata militia stipendia † merent, non item alteri illi militum generi, qui sine armis in (u) toga Reipub. operam navant. Tertio non quovis tempore hæc testandi libertas militibus concessa, sed tum demum, cum (x) expeditionum laboribus occupantur. Quod autem in castris non jure communi fecerunt testamentum, id post (y) missionem intra annum, aut usque dum institutionis conditio extiterit, valebit. Postremo non solum de castrensibus, sed etiam de (z) reliquis bonis testari possunt, præter filiumfamil. qui de castrensi, & quasi castrensi peculio † dumtaxat, & militem ex militari delicto capitis damnatum, qui nonnisi de castrensibus bonis testandi habet facultatem.

CAPUT XLII.

De acquirenda, vel omittenda hæreditate. De hæredum qualitate, & differentia.

His rebus ad voluntatem, potestatemque deferendi compositis, incipit post mortem testatoris deferri testamento hæreditas, nisi quæ forte conditio institutioni utiliter adjecta sit, in cujus eventum suspendatur delatio. Quomodo autem, & quando conditiones quæque impleri intelligantur, dicetur in loco de legatis, a quibus in hoc argumento nihil differt conditio-

---

(k) *l.* 1. *ff. l.* 3. C. *de test. mil. in pr. Inst. eod.* Arma enim magis, quam jura milites sciunt. *l.* 22. *Cod. de jur. del.* Genuina autem hujus privilegii causa est non sola simplicitas, sed & periculorum functio. *arg. l. ult. ff. & l. pen. Cod.* Ideo autem creditum est militaribus ingeniis subtilitatem deesse, quia militaris jurisdictio secura, & obtusior calliditatem fori non exerceat. Tacit. in *vit. Agric.*

(l) *d. l.* 1. *ff. & l.* 1. 3. 15. C. *eod.*

(m) Quod vel ipsorum militum maxime interest. §. 1. *Inst. l.* 24. *l.* 40. *ff. eod.* Duorum autem probatio suffecerit. *arg. l.* 12. *de test.*

(n) Ita in universum recte definit Duar. *cap.* 4. *ad hunc titul.*

† Ut ex his locis manifestum esse potest *Inst. in pr. l.* 5. 13. §. 2. *l.* 15. §. 4. *&* 5. *l.* 41. *ff. hoc tit. l.* 3. 8. 9. 10. *C. eod l.* 15. *ff. de hær. inst.*

(o) Sive alias pro parte testato, pro parte intestato decesserunt *l.* 6. *ff. eod.*

(p) *l.* 12. C. *eod* neque hoc correctum est Nov. 1. C. 1. ut recte observavit Duar. ad *hunc tit. c. ult.*

(q) Et iterum si valere voluerit, valebit ex suprema voluntate *d. l.* 15. §. 1.

(r) Non agnatione *l.* 7. *&* 8. *eod.* quod tamen temperabis ex *l.* 36. §. 2. *eod.* & rursus ex *l.* 9. *eod.* Non adoptione, aut derogatione *l.* 11. *& seq. eod.* Non alio testamento postea facto, si modo & prius valere voluit *l.* 19. *eodem.*

(s) *l.* 6. §. 6. *ff. de injust. rupt.*

(t) *l.* 5. *l.* 11. C. *l.* 41. §. 1. *& seq. ff. eod.*

† Quibus & causa beneficii tribuendi solis convenit.

(u) Ut exemp. causa professores, causarum patroni, judices. Posita sunt hæc genera in *l. advocati*, C. *de advo. div. jud.*

(x) *d. pr. &* §. 3. *Inst. hoc tit. l.* 1. *& pen.* C. *eod.*

(y) *d.* §. 3. *l.* 38. *ff. eod.* Intellige autem missionem honestam, aut causariam, non ignominiosam. *l.* 26. *eodem.*

(z) Cum non bonis militaribus, sed militibus privilegium datum sit. *d. l.* 1. *&* 2. C. *eod.*

† De quo *sup. c.* 32. quod sequitur collige ex *l.* 6. §. 9. *ff. de injust.* junct. *l.* 11. *h. tit.*

ditionalis institutio. Superest ad acquisitionem ita delatæ hæreditatis susceptio, quæ ex duabus, quibus acquisitio hæreditatis constat, altera pars est a superiori minime divellenda, quamvis eadem sit ratio acquirendarum ab intestato hæreditatum: nam quod eo pertineat, hinc petere licebit.

Acquisitio hæreditatis (sic enim hæc pars a veteribus appellatur) varia est pro conditione, & qualitate hæredum. Hæredes aut (a) necessarii sunt, aut voluntarii. Necessarios vocamus, qui ipso jure, & ignorantes, & inviti hæredes fiunt. Eorum (b) species duæ; aut enim sunt necessarii absolute, aut sui, & necessarii. Absolute necessarii sunt servi, qui utrumque, & hæreditatem, & libertatem ex testamento domini (c) consequuntur; unde (d) qui facultates suas suspectas habebant, auctionis infamiam metuentes, hoc pacto eum in servos derivabant. Pro honore enim delatæ hæreditatis conjuncti cum beneficio manumissionis, subjiciuntur necessitati subeundæ hæreditatis, ærique alieno in solidum † obstringuntur. Pro hoc tamen incommodo illud vicissim eis commodum præstatur, ut bona post mortem domini non ex causa hæreditaria acquisita, impetrata prius separatione, sibi (e) habeant.

Suos hæredes partim jus facit, partim voluntas testatoris. Jure ipso sui, & necessarii hæredes sunt liberi defuncti, qui † ad hæreditatem vocati in potestate morientis fuerunt, & tempore delatæ hæreditatis primum in familia defuncti gradum (f) detinent. Qui liberi ista conditione sunt, hi cum etiam vivo patre (g) quodammodo domini existimentur, eo mortuo non tam in paterna bona, quam in (h) sua succedere intelliguntur, unde & sui hæredes, idest, αὐτοκληρόνομοι, appellantur, & quia sui, etiam necessarii, ut sive velint, sive nolint, ipso jure hæredes existant; nisi pater hanc necessitatem (i) remiserit, sub conditione eos instituendo, quæ sit in ipsorum potestate. Voluntate testatoris sui, & necessarii hæredes sunt fratres, impuberi fratri suo in secundum casum a patre substituti; nam quos testator sibi necessarios facere potest, eosdem & filio (k) potest.

Necessitatis hujus tria sunt effecta ad acquisitionem hanc ab initio statuendam. Primum, ut quemadmodum sui hæredes inviti existunt, sic multo magis ignorantes (l); ideoque si quis ex suis hæredibus patri superstes decesserit, quamvis ignorans, patrem decessisse, nihilominus tamen hæreditatem patris, utpote jam quæsitam, transmittet ad hæredes etiam extraneos. Secundo, si ignorantes hæredes existunt, sequitur, ut & si (m) furiosi sint, aut infantes, eodem modo hæredes fiant. Postremo & hoc consequens est, ut sine facto ullo, vel ipsorum hæredum, vel alterius, puta tutoris, aut curatoris (n) auctoritate hæreditas eis acquiratur.

Longius progreditur juris civilis subtilitas, nempe ut cogantur, quamvis necessarii hæredes, creditoribus hæreditariis respondere; quævis est quæsitæ semel (o) hæreditatis; sed (p) acerbitatem juris civilis Prætor mitigavit, data potestate abstinendi. Abstinere (q) in suis hæredibus idem est, quod in extraneis † repudiare. Datur hæc (r) potestas ante immistionem omnibus suis hæredibus, quos voluntas testatoris non fecit voluntarios; post immistionem soli impuberes eandem potestatem ipso

(a) Sic distinguuntur in *l.* 15. *& seq. ff. de acq. hær.* quæ distributio ex qualitate, & conditione hæredum sumpta est. Jure apud nos recepto una creditur omnium hæredum esse qualitas, & acquisitio hæreditatis unius generis; nempe non aliter acquiri, quam aditione, non autem pro hærede gestione.

(b) Justin. in *pr. Inst. de hær. qual.* species necessariorum cum altero genere conjunxit; sicut & IC. nonnunquam species unius generis cum altero opposito eadem divisione complectuntur, ut in *l.* 4. *ff. de just. & jur. l.* 5. *de pact.*

(c) §. 1. & 3. *Inst. eod.* junct. *l.* 9. *Inst. de hær. inst. l.* 1. *C. de nec. serv. hær. inst.* adjici possunt *l.* 71. §. 1. & 2. *ff. hoc tit. l.* 84. *de hær. inst.*

(d) Servorum instituendorum consuetudinis hæc origo est. §. 1. *Inst. qui & ex quib. caus.* §. 1. *Inst. hoc t.*

† Ac nisi satisfaciant, licet creditoribus res hæreditarias eorum nomine distrahere, ut famæ defuncti consulatur. *dd. loc.*

(e) Vid. si bona hæreditaria non attigerit. *l.* 1. *in fin. ff. de separ.*

† Quid exhæredati? & utique si omnino non sunt hæredes, nec sui quidem dici possunt. *l.* 1. §. *pen. ff. de su. & leg.* an igitur jus sui hæredis (suitatem appellant) exhæredatione plane perimitur? placet distinctio Gom. r. *res. n.* 9.

(f) Quæ hac definitione breviter comprehensa sunt indicantur in §. 2. *Inst. eod.* §. 1. & 6. *Inst. de hær. quæ ab int. l.* 6. *ff. de injust.*

(g) Detracta sc. administratione *l.* 11. *ff. de lib. & posth. d.* §. 2. & §. 2. *Inst. de hær. ab int.* unde & quæ sequuntur petita sunt. Adhibeatur latioris explicationis gratia Vigil. ad *d.* §. 2. *eod.*

(h) Hinc fit, ut etiam inviti creditoribus paternis, obstringantur, ut iis præteritis, testamentum ipso jure nullum sit. *l. de injust.* nec obstat, quod licet eos exhæredare; nam & quivis alius justa de causa bonis suis privari potest. Aliam rationem reddit Paul. in *d. l.* 11. *in fin.*

(i) *l.* 68. *in pr. & fin. de hær. inst. l.* 12. *de cond. Inst.* quod ei licet. *arg. l.* 120. *de V. S.*

(k) Traditur hoc in *l.* 10. §. 2. *de vulg.*

(l) *d.* §. 2 *Inst. de hær. quæ ab int.* Consectarium sequens est in *l.* 3. *C. de jur. del.*

(m) Quia quibus ex causis ignorantibus acquiritur, ex his & furiosis acquiri potest. *d.* §. 2. *l.* 24. *de obligat. & act.*

(n) Quod & ipsum expressum est in *d.* §. 2.

(o) Quippe quæ nos obbligat æri alieno, licet non sit solvendo. *l.* 8. *hoc tit.*

(p) Nimirum necessitatem onerum subeundorum, quæ ex mera fictione juris civilis est, non ex vero; neque enim filius vivo patre revera dominus est, alioqui duo ejusdem rei domini in solidum constituerentur contra *l.* 5. §. *fin. ff. com.* sed dicitur per prolepsin ob certam spem futuræ successionis. *argum. l.* 7. *de bon.*

(q) Abstinemus a quæsitis, nondum quæsita repudiamus. *l.* 1. §. 7. *de suc. edict.*

† Nec enim sufficit non attingere bona, nisi simul declarent, se ea retinere nolle. *l.* 71. §. 4. *ff. hoc tit.*

(r) *d.* §. 2. *l.* 11. *l.* 75. *ff. eod. l.* 1. *C. si min. hered. se abst.*

ipso jure habent; puberes vero minores 25. annis nonnisi per restitutionem in integrum eam consequuntur. Contra denegatur omnibus, per quos factum est, quo quid ex hæreditate (s) amoveretur. Est autem immiscere in suis hæredibus id, quod in extraneis pro hærede (t) gerere. Abstentionis effectus hic, ut qui abstinuerunt, partim pro hæredibus non habeantur, partim hæredes maneant. Non habentur pro hæredibus, quatenus id agitur, ut hæreditatem (u) retineant; proinde nec oneribus hæreditariis non sponte susceptis (x) subjiciuntur, actiones confusæ ipsis (y) restituuntur, vicissim commoda ex hæreditate nulla (z) consequuntur, & sequentibus gradibus ad adeundam hæreditatem (a) locum faciunt. Si id non agetur, ut hæreditatem retineant, ad ceteras res etiam post abstentionem hæredes manent. In quo tria hæc commoda cernuntur; ut bonorum administratio a suo hærede (b) peracta rata maneat; ut testamentum, & res ad testamentum pertinentes existentia sui hæredis (c) confirmentur; postremo, ut aliquando ad eandem hæreditatem capessendam rursus adspirare (d) liceat, nisi (e) bonis jam distractis, vel (f) triennio post abstentionem exacto.

Voluntarii hæredes sunt omnes, qui in morientis non fuerunt potestate ad ejus hæreditatem vocati; unde & (g) extranei dicti. His liberum est hæreditatem sibi delatam vel adire, vel repudiare. Hic vero cum periculosum sit, & anceps, hæreditatem aut (h) adire statim, aut statim (i) repudiare, si creditores urgeant, remedium inventum; quo hæredibus cunctantibus consulatur. Id duplex; vetus, & novum; utrumque non extraneis tantum de adeundo, aut repudiando, verum etiam (k) suis hæredibus de immiscendo, aut abstinendo cogitantibus propositum. Vetus est (l) jus deliberandi a magistratu impetrandum; cui rei tempus certum legibus præstitutum; minimum, 100. dies, summum, si a principe, annus, si a judicibus, novem (m) menses. Hoc tempore & res hæreditarias inspicere, & ex causa administrare, & distrahere sine præjudicio (n) licebit. Effectus hic, ut hoc tempore exacto, silentium eos (o) hæredes faciat; ex quo (p) duo sequuntur incommoda, unum, ut creditoribus in solidum teneantur, quamvis inventarium fecerint. Alterum, ut, si non fecerint inventarium, etiam beneficio (q) Falcidiæ priventur. Idem est in eo, qui aperte hæreditatem adiit. Repudianti intra hoc tempus injunctum, ut inventarium faciat: alioqui tenebitur, res, quæ probabuntur in hæreditate fuisse, restituere. Novum remedium est † Inventarii, sive repertorii solemnis confectio. Ritus conficiendi hic, ut hæres intra 90. dies, quo sibi delatam esse hæreditatem sciet, si res in pro-

(s) *dict. l.* 71. §. 3. nam in delictis nec ætate quisquam excusatur, si quidem doli capax est. *l.* 23. *de furt.*

(t) *l.* 87. *eodem.* ut si rebus hæreditariis utantur pro suis.

(u) Idem enim consequuntur jure prætorio, quod emancipatus, qui repudiavit. *l.* 20. §. *pen. eod.*

(x) *d. l.* 71. *l.* 12. *de vulg.* §. 2. *Inst. hoc tit.* contra quam alioqui futurum esset. *l.* 8. *ff. eod.*

(y) *d. l.* 71. §. *ult.* quemadmodum salvæ manent sub beneficio inventarii adeuntibus *l. ult.* §. 9. *Cod. de jur. delib.*

(z) Dictante id naturali, & civili ratione. *l.* un. §. 4 *C. de cad. toll. l.* 10. *de R. J.*

(a) *l.* 42. *hoc tit. l.* 7. §. 10. *de min.* Repetantur, quæ sub *cap.* 40. notavimus.

(b) Modo bona fide. *l.* 44. *ff. hoc tit.*

(c) *l.* 30. §. 10. *de fid. lib. l.* 28. *de reb. auct. jud.* dixi *l. supr. cod.* 40.

(d) *l.* 8. *ff de jur. del. l. ult.* C. *de rep. hær.* Plus dico. Suum hæredem, qui postquam abstinuit, bona attingit; hoc ipso rursum obstringi hæreditati, nisi doceat, se non animo pro hærede gerendi attigisse. *arg. l.* 1. *&* 2. *C. d. tit.* non aliam haud dubie ob causam, quamquod non omnino hæres esse desiit.

(e) *l.* 24. §. 2. *de min. l.* 8. *de jur. del. d. l. ult.* C. *de rep. hær.*

(f) Cujus initium varie cedit. Inspiciatur *dict. leg. ult.*

(g) Voluntarii (quales sunt nostri omnes) quia si velint, hæreditatem suscipere possunt, si nolint, non coguntur. §. *ult. Inst. h. t. l.* 16. *C. de jur. del.* extranei, quia sunt extra familiam. §. 3. *Inst. eod.* eoq. opponuntur suis.

(h) Ob periculum alieni, quod initio latere potest. *l.* 8. *ff. eod.*

(i) Ne temere lucrosam repudiando amittamus.

(k) *l.* 7. *in pr. & l. seq. ff. l. ult.* §. 2. *C. de jur. del.* si nemo urgeat, licebit quandocumque adire. *l.* 9. *C. d. tit.* adeo ut nec obstet longi temporis præscriptio. *l.* 8. *C. eod.* Recte tamen vulgo placuit, aditioni hæreditatis præscribi 30. annis. Coras. 6. *misc.* 21.

(l) *Tit. ff. & C. de jur. del.* §. 7. *Inst. de hær. qual.*

(m) *ll.* 1. §. *ult. l.* 2. 3. 4. *ff. l.* 9. *& ult.* §. 13. *C. de jur. del.*

(n) Si vid. hoc expediat; ut si res sint, quæ tractu temporis deteriores fiunt, si nimis sumptuosæ, si ædificia sarcienda, familia alenda, &c. *l.* 5. 6. 7. §. 3. *ff. d. tit.* Filius quoque dum deliberat, alimenta habere debet ex hæreditate. *l.* 9. *eod.*

(o) *l. ult.* §. *pen. C. d. tit.* Olim hæreditas pro repudiata habebatur. *l.* 60. *de acq. hær.*

(p) Diserte comprehensa *d. l. ult.* §. *pen.*

(q) An & Trebellianica? Sic puto; eadem enim est ratio utriusque §. 5. *Inst. de fid. hær.* vid. *c.* 50. *inf.* Sed an liberis ob omissum inventarium etiam legitima auferri poterit? & non posse vulgo respondetur. Viglius contra ad §. 5. *n.* 6. *Inst. de hær. qual.* & recte; nam si hæres, ubi hæreditas solvendo non est, de suo cogitur sumere, unde legata persolvat, quanto magis debita portione privari poterit? Sed apud nos facile impetratur restitutio.

† *d. l. ult. C. de jur. del. d.* §. 5. *Inst. eod.* Hoc beneficium apud nos a supremo senatu petitur. *d. l.* 53. *inst. sup. cur.* Mandato inter alia inseritur clausula, *omme bii den Hove te zien stellen een Curateur van de goederen van den sterfhuise.* Ac nisi hæres, lite super confectione inventarii mota, idoneam cautionem præstiterit, curator hæreditati a Curia constituitur, cui & interpellatio injungitur prioris inventarii. *art.* 219. *inst. Cur. Holl.* Sed & ita demum hoc beneficium conceditur, nisi quis alius de cognatione defuncti (*van de maagschap van de overleden*) pure, & simpliciter omisso beneficio hæreditatem adire paratus sit. Quid autem si extraneus, aut quid si maritus, aut uxor idem offerant? placet non esse audiendos. Chass. *ad cons. Curg. Burg. Tit. de success. in princ. rubr.* 7. §. 13. *n.* 7. Peck. *de Test. conj. lib.* 1. *C.* 35. & ita judicatum est.

propinquo sint, intra annum, si longius absint, inventarium rerum omnium hæreditariarum per tabularios testibus non minus tribus, item creditoribus, legatariisque, si qui adsint, præsentibus conficiat, ipse sua manu subscribat, aut a tabulario testibus præsentibus subscribendum (r) curet; quo ita legitime confecto, consequitur, ut ne ultra vires hæreditarias teneatur, quartamque Falcidiæ retinere possit †.

CAPUT XLIII.

Quibus conditionibus hæreditas extraneis acquiratur, aut amittatur.

NOn continuo tamen, ut extraneus aut repudiavit, aut adire constituit, amissa hac voluntate, aut acquisita hæreditas intelligitur, sed sunt in utroque genere quædam conditiones, eæque numero tres. Prima est communis omnium hæredum, ut (s) delata sit hæreditas; non delata frustra aditur, frustra item repudiatur. Hæc conditio tria continet; ut sit hæreditas, idest, ut (t) defunctus sit is, de cujus bonis agitur; ut deferatur iis modis, quibus eam deferri diximus, testamento, aut lege ab (u) intestato; ut semel delata perseveret. Definit esse (x) delata, cum aut amissa est, aut acquisita. Amittitur repudiatione, morte hæredis, aut tempore. De repudiatione postea. Morte hæredis amittitur hæreditas, cum is non adita hæreditate decessit; quod eo maxime pertinet, ut intelligamus, nec hæreditatem ipsam, nec hæreditatis adeundæ jus ad hæredem (y) transmitti; sed hic justa moderatio tum principum constitutionibus, tum prudentum interpretatione adhibita est. Primum omnibus hæredibus in universum tributum, ut decedentes intra annum, ex quo hæreditatem sibi delatam cognoverint, deliberandi, unaque adeundi jus ad hæredes quosvis (z) transmittant; sic vero transmittant, ut quod ex eo reliquum est, tantum relinquatur ad deliberandum, non amplius. Sed & propriis quibusdam causis jus transmissionis receptum, idque partim favore personæ quorumdam hæredum, partim causæ. Favore personarum in duobus generibus hæredum; primum in liberis. Liberis omnibus hoc (a) tributum est, ut parentum hæreditatem sibi delatam, nec aditam, quamvis juris sui ignari, ad liberos suos post mortem suam transmittant. Secundo idem placuit in persona infantis hæredis, cui mortuo (b) pater sit hæres. Favore causæ eadem transmissio recepta, si hæres jure impeditus, quo minus ad tempus adeat, decesserit; cujusmodi mora, tantum ut alteri consulatur, aditioni injicitur (c) S. C. Silaniano, & Carboniano edicto. Idem receptum, si, posthumo præterito, scriptus sit is, qui una cum posthumo hæres esse potuit ab intestato; nam si is non petita bonorum possessione decesserit, idem jus (d) hæredi causa cognita tribuendum. Tempore non amittitur hæreditas jure † civili, sed jure prætorio dumtaxat, elapso eo tempore, quod petendæ bon. possessioni præstitutum est; de quo infr. cap. *66*.

Secunda conditio hæredum extraneorum propria est, videlicet, ut delatam sibi hæreditatem esse (e) sciant; dubitantes, & juris sui (f) ignari nec acquirere voluntate possunt, nec repudiare. Hinc si se hæredes esse aliunde scire non possunt, de tabulis testamenti aperiendis cogitandum; non quod ante aperturam tabularum hæreditatem adire hæres prohibeatur, ut fuit (g) jus vetus, sed quia his non apertis de jure suo incertus sit. Ceterum si aliunde

(r) Hæc fere summa est constitutionis Justin. quæ extat in *d. l. ult. C. de jur. del.* Plura ad inventarium pertinentia sumi poterunt ex Schneid. ad *dict.* §. 2. & Clar. §. *Testamentum*, 4. 46.

† Nov. 1. C. 2. hoc insuper cautum, ut hæres inventarium non conficiens solida legata præstet, etsi vires patrimonii excedant.

(s) *l. 21. §. 2. l. 17. & 94. ff. de acq. hæredit.* & quidem pure, non sub conditione; qualis illa sit. *l. 13. eod.* quæ res facit, ut nec substituto deferatur quamdiu hæres adire potest. *l. 4. eod.* cui consequens est, ut nec repudiare interim possit. *l. 18. eod.*

(t) Viventis enim nulla est hæreditas. *l. 1. ff. de hær. vel act. vend.* unde deducuntur consectaria in *d. l. 27. & 94. ff. de acq. hæred.*

(u) Servata inter legitimos gradus prærogativa. *l. 70. eod.*

(x) *Arg. l. delata. 151. de V. S.* nam nec amissa mutata voluntate adeundo acquiri, nec quæsita repudiando amitti potest. *l. 4. C. de rep. hær.*

(y) *l. un. §. 5. Cod. de cad. toll. l. 7. C. de jur. delib.* utpote quod personale est. *arg. l. 12. & seq. ff. sol. matr.*

(z) Quasi jam sumptum, & suum factum, *l. 19. C. de jur. delib.*

(a) Constit. Theodos. *l. un. Cod. qui ant. ap. tab. hær. trans.*

(b) Cui permittitur hæreditatem tamquam jam infanti quæsitam jure patrio capere. *l. 18. C. de jur. delib.*

(c) *l. 3. § elegunter, 30. & l. seq. de S. C. Silan. l. 12. de Carb. edict.*

(d) *l. 4. §. ult. & l. seq. cont. tab. l. 84. de hæred. inst.* secus si cum posthumo extraneus scriptus sit. *d. l. 3. §. ult. & l. seq. ff. de S. C. Sil.*

† Nullum enim tempus aditioni præfinivit. *l. 9. C. de jur. del.* Triginta tamen annis præscribi verius esse supra monuimus.

(e) §. *ult. Inst. de hær. qual. & diff. l. 6. C. de jur. del.* Ratio est, quia hæreditas nonnisi destinatione animi acquiritur. *d. §. 6.* junct. *l. 76. de R. J.*

(f) Id certius fiet collectione earum rerum, quibus continetur, ut delata sit hæreditas. Inspiciantur igitur hi loci. *l. 13. §. 1. l. 15. 16. 30. §. 1. & seq. l. 32. tot. ff. de acq. hær.*

(g) *l. un. §. 1. & 5. C. de cad. toll.* Vestigia juris veteris habes in *l. 3. C. de jur. del. l. 3. §. ult. de S. C. Sil. l. 3. §. ult. de hær. inst.* In bon. autem possessione regula juris veteris non valuit. *l. 1. §. 2. sec. tab.* Ratio differentiæ petatur ex §. 6. *Inst. quib. mod. test. inf.*

aliunde certo (h) cognoverit, se hæredem esse, nihil prohibet, quo minus etiam clausis tabulis hæreditatem adeat.

Postremo exigitur, ut possit hæres adeundo eum, cui quæsiturus est hæreditatem (i), obstringere æri alieno; ideoque si quis, aut se, aut alium facto suo obligare non potest, is neque sibi, neque alii hæreditatem acquirit. Hinc duo genera hæredum, qui neque admittunt, neque repudiant utiliter hæreditatem. In priore genere sunt (k) pupillus, & adolescens curatorem habens; ille sine auctoritate tutoris, hic sine curatoris assensu nec acquirere potest, nec repudiare. In altero genere est servus, & filiusfam. Hi, nisi jussus domini, aut patris præcedat, hæreditatem adeundo nihil (l) agunt; quod & in repudiatione eorum valere debet. Et hoc jus in hæreditate filiosfam. (m) contemplatione patris delata adhuc obtinet; mutatum in adventitia, cautumque, ut hanc filius etiam (n) invito patre adire, & adeundo sibi acquirere possit. Quid si quis filiumf. se putet, cum sit sui juris; minorem, cum sit major 25. annis? Et cum hoc ad jus (o) hæredis non pertineat, recte placuit, talem errorem non obstare, quominus adeundo hæredes fiant.

Hisce conditionibus concurrentibus, in ea causa est hæreditas, ut utiliter acquiri, aut repudiari possit. Sed de repudiatione prius dicamus, ut in id, quod præciduum est propositæ disputationis, in acquisitionem videlicet desinamus. Repudiatio fit aut voluntate aperta aut facto aliquo, unde ea voluntas colligatur. Voluntate aperta repudiat, qui dicit, se hæredem esse nolle, aut scripto nutuve id testatur. Facta eamdem voluntatem indicantia duo nobis occurrunt. Unum est, si hæres, idemque legitimus de testamentaria hæreditate nihil aperte statuens (p) legitimam aut adiit, aut repudiavit; alterum est, si præteriti, aut exhæredati ab institutis hæredibus, cum scirent eos hæredes esse, emerunt aliquid, aut prædia conduxerunt, vel his solverunt, quod testatori (q) debebant. Effectus repudiationis est hæreditatis, idest, spei, hæreditatis obtinendæ amissio (r).

Acquiritur extraneis hæreditas solo (s) animo, & voluntate, idque duobus saltem, iisque diversis (t) modis, aditione, & pro hærede gestione: illud nudæ voluntatis est, hoc etiam (u) facti, & administrationis. Pro hærede enim gerere dicitur is, qui aliquid facit (x) quasi hæres; proinde qui in hæreditate gessit id, quod citra nomen hæredis facere non potuit, is omnino hæreditatem (y) agnovisse existimatur. Sin id gessit, quod non nisi hæres, aut utiliter, aut jure suo, aut suo nomine gerere potuisset, totiens his factis hæreditatem agnovisse videtur, quotiens nihil est, quod hanc conjecturam impediat. Impediunt autem hæc (z) quatuor: amotio rei hæreditariæ; venia gerendi a magistratu impetrata; error, dum putat alio jure rem ad se pertinere, aperta testatio initio interposita. Cum igitur nonnisi voluntate, & destinatione animi acquiratur hæreditas, quid fiet, si ei delata sit, cujus nulla voluntas est, qualis est furiosus? Tradetur hæreditas curatori administranda ea lege, ut si furiosus postea ad se redierit,

---

(h) Puta si aut ipse testationi interfuit, aut id a testibus accepit; sin minus eadem adhuc manebit tabular. aperiendarum necessitas, locusque fiet Edicto, & tit. ff. test. quem ap.

(i) Conditio sumpta ab effectu quæsitæ hæreditatis. l. 8. ff. de acq. her.

(k) De pupillo res certa est. §. 1. Inst. de auct. tut. l. 9. §. 3. ff. eod. l. 5. C. de rep. her. De minore curatorem habente dubitatum. Pendet quæstio ex eo, an sine curatoris auctoritate obligetur, quod attingam lib. 2. c. 10. Quid prodigus? & eum posse adire scriptum est in l. 5. §. 1. de acq. her. quam tamen l. Bart. sic accipit, si aditio fiat adhibito consensu curatoris, cujus sententia etiam apud nos obtinuit.

(l) l. 6. l. 25. §. jussum. d. tit. l. 10. §. 1. de acq. rer. dom. ne facto suo patrem, aut dominum, quib. hæreditas acquiritur. l. 79. eod invitos obligent, quod juris ratio non patitur. l. antep. ff. de neg. gest. bonorum aut possessionem etiam jussi non præcedente agnosci, & ratam haberi placuit. l. 6. eod. l. 3. §. 7. ubi Gothofr. de bon. poss.

(m) Nam hæc profectitia putatur. l. 5. de jur. dot. l. 10. §. 6. de vulg. profectitiæ autem etiam nunc patri quæruntur. §. 1. Inst. per qu. pers. nob. acqu.

(n) l. ult. §. 1. C. de bon. quæ lib. Non est igitur necesse patrem prius admoneri, ut putat Duar. c. 4. de acq. her. si postea consentiat pater, usumfructum acquiret. d. l. ult. §. 3.

(o) Nihil enim interest, hæres pupillus sit, an pubes, filiusf. an sui juris; quia tam illis, quam his judicio defuncti defertur hæreditas, nec dubitant, utrum delata sit, nec ne. l. 34. l. 96. de acq. her. ceterum si de conditione sua ita dubitent, ut non putent sibi delatam, aliud dicendum est. l. 15. & seq. eod.

(p) Intelligitur enim eodem momento testamentariam repudiasse. l. 17. §. 1. l. 77. eod.

(q) Quibus factis & judicium defuncti agnoscere, & jus suum pariter repudiare intelliguntur. l. 25. §. 1. de inoff.

(r) l. 13. ff. de acq. her. l. 4. C. de rep. her. Minor utique beneficio ætatis restitui potest. Tit. C. si ut om. her. vel bon. pos.

(s) d. §. ult. Inst. de her. qual. in aditione bon. lib. cons. causa Magistratus, item auctoritas intervenire debet, uti & in bonorum possessione, de quo suo loco.

(t) Quos ita distinctos videre est in d. §. ult. & in l. 25. §. 7. 69. ff. de acq. her. l. 19. C. de jur. del. eumdem tamen effectum habent. Cretionis solemnitas (de qua Duar. 2. 2. disp. 4. Revard. de auct. prud. c. 8.) sublata est l. 17. C. d. tit. Verbo tamen adhuc uti licebit, ut eo significetur aditio, sicut hæreditatem agnoscere, amplecti, admittere, suscipere dicimus.

(u) d. ult. l. 20. in pr. ff. de acq. her.

(x) d. l. 20. hoc cum non perinde, ut aditio apertam testationem habeat, non tam facile intelligi potest, quis videatur pro hærede gessisse.

(y) d. l. 20. ubi hæc regula exemplis illustratur, sin autem ea, quæ fecit, facere potuit, etsi hæres non esset, hic non videbitur pro hærede gessisse, nisi quid contra doceatur. Exempla in d. l. 20. §. 2. & 3.

(z) Ordine indicata l. 21. d. l. 20. §. 1. junct. l. 5. de jur. del. l. 87. de acq. her. l. 14. §. plerique, 8. de relig.

rit, ipse de ea, aut suscipienda, aut † omittenda statuat. In quibus autem est aliqua facultas voluntatis, hi soli quidem acquirere hæreditatem non possunt, sed quod eorum judicio deest †, tutorum, vel curatorum supplebit auctoritas; nisi quod in infante novum jus constitutum est a Theodosio cum in accquirendo, tum in transmittendo, quod ex lectione ipsius (*a*) constitutionis cognoscere licebit. Ceteri omnes, qui hoc animo sunt, ut velint esse hæredes, idque quocumque modo declaraverint, sola hac destinatione animi hæredes fiunt, excepto eo hærede, qui obligare non potest eum, cui acquirit, oneribus hæreditariis, ut aliquanto ante dictum est. Acquisitionis hujus effectus duplex: unus, ut quæsitam semel successionem nemo possit (*b*) repudiare; alter, ut quæcumque sunt hæreditatis, ea ad hæredem transeant. Constat autem hæreditatem omnem, & (*c*) commoda adferre, & incommoda. Commodorum genera tria: aut enim jam ante defuncti fuerunt, aut postea hæreditati nondum aditæ tamquam dominæ quæsita sunt; aut aditæ demum hæreditati adjiciuntur. Primum omnia, quæ defuncti fuerunt (*d*) jura scilicet (nam quæ facti sunt, uti est (*e*) possessio, non transeunt) ad hæredem transferuntur. Eorum (*f*) quatuor sunt genera: dominium, jus in rem, ut emphyteuticum, superficiarium, servitutes, jus pignoris, actiones in personam, exceptiones. Una hic exceptio est earum rerum, quæ personæ (*g*) cohærent. Quæ transferuntur, ea pro conditione rerum aut dividuntur inter plures cohæredes pro portionibus hæreditariis, ut dominium, & jura dominio proxima, actiones (*h*), paucis exceptis & prout fert natura actionum, exceptiones; aut singulis in solidum competunt, ut servitutes, pignus, & si quid simile, quod vel natura, vel lege constituentium etiam in actore divisionem (*i*) non recipiat. Rursus eorum, quæ dividuntur, alia numero inter hæredes dividuntur, & singulis pro diviso acquiruntur, ut (*k*) pecunia numerata, & ceteræ res fungibiles, item nomina; reliqua corpora ita dividuntur pro portionibus hæreditariis, ut communia maneant pro (*l*) indiviso.

Commodorum, quæ hæreditati nondum aditæ acquiruntur, species (*m*) quinque: alluvio, & accessio, fœtus, & fructus ex rebus hæreditariis, negotiorum gestorum actio, si quis negotia hæreditaria gesserit, usucapio a defuncto cœpta, post mortem impleta, denique quæ per servos hæreditarios quæsita sunt, ut omnia acquiri possint, in quibus factum (*n*) operave personæ non desideratur. Commodum, quod hæreditati jam quæsitæ accedit, unum est, jus accrescendi; sed cum hoc etiam invito imponatur, aliquando incommodum habetur: proinde de eo postea separatim.

Incommodorum hæreditariorum genera item tria: æs alienum, onera legatorum, & fideicommissorum; & nonnunquam jus accrescendi: Æs alienum duplex: primum cujus præstandi necessitate defunctus (*o*) obstrictus fuit; deinde etiam quod post mortem ejus (*p*) ante aditam hæreditatem natum est ex rerum hæreditariarum administratione, aut ex sumptibus in funus factis, tamquam ab hæreditate contractum. Primum igitur hæreditas quæsita etiamsi

---

† Et omissa, ad eos revertetur, ad quos remoto furioso perventura fuisset; idemque erit, si in furore decesserit. *l. ult.* 7. *&* 2. *&* *seq.* C. *de cur. fur.*

† *l.* 5. *&* 18. C. *de jur. del. l.* 49. *ff. de acq. her. l.* 9. §. 3. *ff. de auct.* Tut. vel patris consensus, si in ejus potestate sint. *l.* 8. §. *ult. d. tit.* Nec obstat *l. ult.* §. 2. *de* V. O. quia hic non pupillus, sed pater, cui hæreditatem acquirit, obligatur. In adventitia hæreditate dici potest, ab illa regula esse recessum; vid. Don. ad *d. l.* 2. §. 2. n. 7.

(*a*) Quæ extat in *l.* 18. C. *de jur. del.*

(*b*) *ll.* 4. C. *de rep. her.* quippe ubi jam hæres cœpit obligari creditoribus, quod fit quæsita semel hæreditate. *l.* 8. *de acq. her.* suo se facto liberare non potest. *l.* 5. C. *de Obl. & act.*

(*c*) *l.* 1. *&* 3. *in pr. ff. de bon. poss. l.* 119. *de V. S. l.* 62. *de* R. J.

(*d*) *l.* 37. *ff. de acq. her.* quod & satis ostendit hæreditatis definitio *l.* 24. *de* V. *S. l.* 62. *de* R. J.

(*e*) Hæc nisi naturaliter comprehensa ad nos non pertinet. *l.* 23. *de acq. poss. l.* 19. *ex quib. caus. major.* nec magis igitur ipso jure ad suos hæredes, quam per aditionem ad extraneos transit, sicut & comm. calculo receptum. Gall. 2. *obs.* 152. & apud nos observatur. In Burgundia, & fere tota Gallia obtinet illud, *le mort saisit le vif.*

(*f*) In quæ omnia hæredem succedere manifestum est ex his locis *d. l.* 37. *d. l.* 23. *l.* 1. *si ag. vect. l.* 1. C. *si un. expl. her. cred.* §. 1. *Inst. de perp. & tem. act. l. ult. ff. de exc. rei ven. & trad.*

(*g*) *l.* §. 3. *de lib. leg. l.* 12. *& seq. ff. sol. mat. l.* 7. *de except.* unde & exempla peti possunt.

(*h*) Quo de genere vide quæ scribit Don. noster in *l.* 2. §. 1. *de* V. O.

(*i*) *l.* 17. *de serv. d. l.* 2. 1. 2. *& l.* 72. *de* V. O. *l.* 1. C. *si un. expl. her.*

(*k*) *l.* 29. *de solut. l. ea, quæ* 6. C. *fam. erc.* eadem divisio recepta in generibus promissis *l.* 54. *de* V. O.

(*l*) *l.* 8. *l.* 17. C. *de fam. erc.* id est, ut singuli intellectu magis, quam corpore partes habeant. *l.* 5. *ff. de stip. serv.*

(*m*) Indicantur *l.* 20. §. 2. *l.* 25. §. *ult. l.* 27. *& seq. de pet. her. l.* 40. *de usuc. l.* 21. *de neg. gest.* Recte igitur Florent. in *l.* 54. *de acq. her.* hæredem quandoque adeundo jam tunc a morte successisse intelligi: congruit *l.* 193. *de* R. J.

(*n*) *l.* 61. *ff. de acq. rer. dom.* Secus est, si factum personæ, operæve substantia desideretur, ut in usufructu, item in hæreditate servo delata; neque enim hæreditas persona est, quæ possit aliquid facere. *d. l.* 61. *in pr. &* §. 1.

(*o*) Ut sunt obligationes, & actiones, quibus defunctus tenebatur. *l.* 8. *l.* 20. §. 5. *de acq. her. l.* 2. C. *de her. act. d.* §. 1. *Inst. de perp. & temp act.*

(*p*) *l.* 21. §. 1. *de neg. gest.* . *l.* 12. *l.* 14. §. 13. *de relig. & sumpt. fun.*

etiamsi (*q*) solvendo non sit, hæredem obligat æri alieno, eoque nomine a creditoribus hæreditariis (*r*) conveniri potest. Sed duplex hic exceptio est: una, si hæres actione pœnali conveniatur, cujusmodi actiones in hæredes (*ſ*) non dantur; altera si inventarii beneficio usus sit, quo hoc consequitur, ne ultra (*r*) facultates hæreditarias conveniri possit. Legata, & fideicommissa hactenus hæredem onerant, quatenus, salva lege falcidia (*u*) facultates defuncti ferant; & si plures instituti sunt, illos tantum, a quibus (*x*) relicta sunt. Jus accrescendi interdum quoque incommodum adfert; de quo nunc separatim paulo enucleatius.

CAPUT XLIV.

De jure accrescendi.

RES mixta ex commodis, & incommodis est jus accrescendi. Id tale est. Si quis ex parte aliqua hæreditatis hæres extitit, quæsita portio vacantes partes ita ad se trahit, ut sive velit, sive nolit is, cui portio quæsita est, ei accrescant. Necessitas ex duobus juris principiis nata; unum hoc est, neminem hæreditatis sibi delatæ partem semel quæsitam repudiare posse; alterum, neminem ejusdem hæreditatis, quæ alium hæredem non habeat, partem agnoscere posse, partem (*a*) repudiare. Valet hoc jus accrescendi & in uno hærede, & in pluribus. In uno, ut si quis solus ex asse hæres partem tantum adeat; nam pars ab eo adita necessario partem alteram ad se (*b*) trahit. Inter plures aut unus agnoscit portionem suam, aut plures. In uno agnoscente certa hæc est juris (*c*) definitio; deficientium portiones portioni jam acquisitæ necessario cum suo onere accrescere; quæ definitio omnia, quibus hoc jus continetur, breviter complectitur. Primum dicimus, eam portionem accrescere, quæ quoquo modo (*d*) defecit, sive (*e*) extranei sit, sive sui hæredis. Secundo acquiri ei, qui ex aliqua parte hæres (*f*) extitit, sive apud quem pars jam acquisita habetur; unde portionem portioni accrescere, instar alluvionis † veteres dicebant. Tertio accrescere (*g*) invito, & ignoranti; una hic exceptio est, nisi is, qui semel hæres extitit, postea abstinuerit, aut beneficio ætatis in integrum restitutus sit; tum enim, qui (*h*) prius, quam hæc fierent, adiit, conditio defertur, ut aut totam hæreditatem agnoscat, aut a tota (*i*) recedat. Postremo ex eadem definitione intelligitur, (*k*), onus hujus accretionis ab hærede declinari non posse.

De pluribus portionem suam agnoscentibus duplex quæstio; una, utrum portio deficiens accrescat omnibus; altera, si accrescat pluribus, quatenus. De prima sic habendum: Si omnes conjuncti sunt, aut omnes disjuncti, accrescit omnibus, qui suam partem agnoverunt; si promiscue conjunctim disjunctimque instituti deficientis disjuncti portio omnibus; conjuncti solis conjunctis (*l*) accrescit. Conjuncti dicuntur, qui (*m*) una enunciatione ad eamdem hæreditatem, aut rem vocantur; disjun-

---

(*q*) *d. l. 8. de acq. hær. l. 3. in pr. de bon. poss.* neque hoc iniquum. *arg. l. 34. de acqu. rer. dom.*

(*r*) Si plures sint, omnes tenentur, sed pro portionibus hæreditariis tantum. *l. 2. C. de hær. act.* utpote ipso jure ex *l. 12. tab.* obligatione ita divisa. *l. 6. C. fam. ercisc.* enimvero hoc ita, si obligatio dividua est; alias in solidum. *l. 2. §. 2. & deinc. de V. O.*

(*ſ*) §. 1. *Inst. de perp. & temp. act. l. pupillum*, 111. §. 1. *de reg. jur.*

(*t*) De quo vid. *cap. superius.*

(*u*) §. *ult. Inst. de leg. Falc. l. 1. ff. eod. l. 1. §. 17. ad Treb.* Nec ratio differentiæ admodum obscura, quod tamen sic hodie accipiendum, si inventarium facere non neglexerit. *Num. 1. c. 2.*

(*x*) *l. in singuli*, 77. *ad leg. Fal. §. 1. Inst. eod.*

(*a*) Ne fiat contra regulam juris civilis. *l. 7. de R. J.* cujus regulæ ratio reddita est a Duar. *lib. 3. de jur. acc c. 2.* & subtilissime a Gom. 1. *res. 10. n. 27.*

(*b*) *l. 10. & l. 80. in pr. h. tit.* sive simul, & semel, sive ex pluribus partibus institutus sit, quamvis ex aliis pure, ex aliis sub conditione *l. 33. de hær. inst.* nisi in conditionalem partem habeat substitutum. *l. 52. §. ult. h. tit.* nec interest per se hæres existat, an per alium. *l. 26. eod.*

(*c*) Tradita in *l. 53. §. 1. ff. eod. & d. l. un. §. 10. C. de cad. tol.*

(*d*) Vid. aut morte (nisi sit is, qui jus adipiscendæ hæredit. transmittit. *l. un. C. qui ant. ap. tab. l. 19. C. de jur. del.*) aut repudiatione, aut si qua alia ratione hæres impeditus adire non potuit. *l. 9. ff. de su. & leg.* bonorum possessor etiam tempore excluditur. *l. 4. de bon. poss.* suus hæres abstinendo *l. pen. & ult. ff. hic.* tum si quis beneficio ætatis contra aditionem, immistionemve restituatur. *l. 61. ff. eod.*

(*e*) Etiam legitimi. *d. l. 9. de su. & leg.* & bonor. possessoris. *d. l. 3. §. ult. ff. de bon. poss.*

(*f*) *d. l. 9. d. l. un. §. 10.* aut bon. possessionem agnovit. *d. l. 3. §. ult.* aut cui ex Trebelliano hæreditas restituta est. *l. 43. ad Treb.* item hæres hæredis. *d. l. 9.* pater, & dominus. *arg. l. 26. eod.*

† *l. 33. in fin. ff. de usufr.* non igitur ei, qui suam partem non agnovit. *d. l. 9.* non qui restituit. *l. 83. eod.* Hic quæsitum, an jus accrescendi transeat in emptorem hæreditatis; sed non transire crebrius placuit, idque novissime defendit Jo. Suev. *lib. 2. de jur. acc. cap. 2.*

(*g*) Nolenti & ipso jure. *d. l. un. §. 10. l. 31. ff. hic.*

(*h*) Nam si postea, magis est, ut invito accrescat. *l. 38. eod.* Cur vero tam varie? nempe qui postea adit, scit se oneribus fore implicitum, proinde & hac conditione adire videtur. *d. l. 38.* qui vero ante, ei nihil tale potest objici. Adde quod beneficium Prætoris huic alteri nocere non debet. *l. nec avus*, *C. de emanc.*

(*i*) Ne fiat contra regulam. *l. 1. & 2. ff. eod.* & ita se abstinere potest propter alium, qui per suam personam non potest; nisi tamen creditores ejus parte contenti sint; tum enim cessat metus incommodi. *d. l. 55. eod.*

(*k*) Æris alieni scilicet & legatorum. *d. l. un. §. 1.*

(*l*) *d. l. un. §. 10.* Quod Baro exemplo ad docendum apposito illustrat. *ad d. §. 8. Inst. de leg.* Atque ita disjuncti, qui sermone testatoris apertissime discreti sunt, suum quidem habebunt, alienum autem non appetent. *d. §. 10. vers. hoc autem tam varie.*

(*m*) Ac propter unitatem sermonis quasi in unum corpus redacti partem conjunctorum sibi hæredum quasi suam præoccupant. *d. vers. hoc autem tam varie.*

disjuncti, quorum singuli vocantur singulis (*n*) orationibus, ut hic plures sint enunciatione, illic una copulata. Sed sciendum disjunctos etiam (*o*) conjunctos esse, & vocari. Quicumque enim ad eamdem successionem vocantur sive uno sermone, sive diversis, omnes re conjuncti sunt. Atque hi iterum ex verborum forma, & conceptione in tres (*p*) species dividuntur, ut alii dicantur re conjuncti tantum, qui iidem, quod oratione disjunguntur, etiam (*q*) disjuncti vocantur: ut Titius hæres esto Sejus hæres esto. Alii re, & verbis simul, quos scilicet & nominum, & rei complexus jungit; ut Titius, & Sejus ex semisse hæredes sunto: Alii denique verbis tantum, qui eadem oratione ad eamdem hæreditatem vocantur, additis his verbis, æquis partibus, ut Titius, & Sejus ex æquis partibus hæredes sunto; sed & hos constat nihilominus re conjunctos esse (*r*), cum partes singulis tributæ rem non magis dividant, quam si expressæ non essent; ut vel ex hoc manifesto liqueat, etiam inter verbis conjunctos accretioni esse (*ſ*) locum.

Quidquid autem hic accrescit (quæ altera quæstio est in pluribus, qui suas partes agnoverunt) placet singulis non ex æquo, sed pro portionibus hæreditariis (*t*) accrescere; & in distributione, si permistim instituti sint disjuncti, & conjuncti, conjunctos (*u*) unius personæ potestate fungi. Habet hoc jus locum etiam inter (*x*) legitimos hæredes ad ejusdem defuncti hæreditatem ab intestato vocatos; habet & inter eos, quibus eadem res legata est, sed effectu nonnihil dissimili, ut inferius demonstrabitur.

CAPUT XLV.

De jure codicillorum.

Adhuc quæ dicta sunt, pertinent ad hæreditatem acquirendam jure civili; nunc de ea dicendum videbatur, quæ acquiritur jure prætorio per bonorum possessionem; sed cum pleraque omnia, quæ de bonorum possessionibus a Prætore introducta sunt, testamentariæ bonorum possessioni cum ea, quæ ab intestato defertur, sint communia, ubi eo ventum erit, commodius de his commune præcipietur. Nunc quia dictum est de iis modis, quibus directo jure civili ex testamento acquiritur hæreditas, videamus quibus acquiratur oblique per fideicommissum. Atque hinc arrepta occasione, de † codicillorum jure prius cognoscamus, siquidem non codicillis minus, quam testamento fideicommissa relinquuntur; & hoc alterum est ex duobus propositis testationis supremæ genus (*y*).

Codicilli sunt (*z*) imperfecta testatio de eo, quod quis post mortem suam fieri velit, non in hoc instituta, ut testamentum esset, quæ clausula eo pertinet, ut sciamus, eam voluntatem, quæ in codicillis valere potuit, si testator codicillos facere instituisset, non valere jure codicillorum, si in hoc parata sit, ut (*a*) testamentum esset, nisi caverit velle se, eam voluntatem, si jure testamenti non possit, valere saltem jure codicillorum, aut quacumque (*b*) ratione quam optime potest; quæ clausula vulgo (*c*) codicillaris vocitatur. Codicillorum, ut & testamenti duo sunt (*d*) genera; scripti, in quibus voluntas scribitur,

---

(*n*) **Ad eamdem tamen rem, aut successionem.** *d.* §. 8. nam inter alios non est jus accrescendi. *l.* 1. *in pr. l. pen. de usufr. acc.*

(*o*) Quamvis enim oratione separantur, re tamen conjunguntur. *d.* §. 8. *d. l. un.* §. 10.

(*p*) In quibus explicandis consumitur *l. triplici*. 42. *de V. S.* item ex parte *l.* 89. *de leg.* 3.

(*q*) Ut & separati. *l.* 1. *in prin. &* §. 2. *ff. de usufr. acc.*

(*r*) Et recte Baro, non aliter inquit differre verbis conjunctos a conjunctos re, & verbis, nisi quod in illis partes æque exprimantur, in his non item. *arg. l.* 16 *in fin. ff. de leg* 1. qui tamen ab initio non minus voluntate defuncti partes habent. *l.* 34. §. 9. *eod. tit.* inter quæ quoad effectum quid interest? *l.* 39. §. 3. *de hær. inst.*

(*ſ*) Adeoque re conjunctis præferri, ut diserte scriptum est in *d. l.* 89. *de leg.* 3. Atque ita sentiunt Bar. & VVesem. ad *d.* §. 7. Duar. 1. *de jur. acc.* 6. 9. 10. Comes. 1. *ref.* 10. diff. Accurs. Gov. Cujac. Hot. Fachin. & in primis Ant. Fab. Dec. 49. *err.* 3. 4. 5. 7. 8.

(*t*) *d. l. un.* §. 10. ut quatenus est portio hæreditaria, eatenus sit commodum ejus, & incommodum.

(*u*) Ut non plus auferant, quam singuli disjuncti. *l.* 34. *de leg.* 1. *in pr.*

(*x*) *l.* 9. *de su. & leg.* & hic sæpe alii conjunctim, alii separatim vocantur; quod fit, cum quidam in stirpes, alii in capita succedunt, ut fratres, & fratrum filii nomine collectivo. *Nov.* 118. *c.* 3. nepotes ex diversis filiis. §. 6. *Inst. de hær. quæ ab int.*

† Historia de origine codicillorum, & fideicommissorum relata est in *pr. Inst. hoc tit.* item §. 1. *Inst. de fid. hæred.*

(*y*) Plura genera supremæ voluntatis non occurrunt. *l.* 13. C. *de sacr. eccl. l. ult.* C. *de bon. quæ lib.*

(*z*) Adjunctum formam Codicillorum adumbrans, eosque a testamento distinguens, quod justum, idest plenam, & perfectam testationem continet; quippe in quo hæres instituitur, qui in universum jus succedat. vid. *sup.* C. 32. quod autem attinet ad solemnitatem conficiendi, apud nos nihil admodum inter hæc duo differentiæ est.

(*a*) *l. antep. ff. qui test. fac. l.* 41. §. 3. *de vulg.* ut si dicat, quis hanc voluntatem suum esse testamentum, aut caverit, quæ sunt propria testamenti. *l.* 13. §. 1. *eod. l.* 14. C. *de Test.* diversæ enim res fiunt, ac prope contrariæ, testamentum, & codicilli. *l.* 7. C. *eod.*

(*b*) Quacumque poterit. *d. l. ant. d. l.* 41. §. 3. *l. ult.* §. *ult.* C. *hoc tit.* item in specie *l.* 14. C. *de fideicom.* de qua vide Govean. 1. *var.* 1.

(*c*) Obiter percurrito quæ de hac clausula tradit Gail. 2. *obs.* 114.

(*d*) Aut si mavis, modi codicillos faciendi; distinctio petita ex *l.* 13. C. *de sacros. eccl. l. ult.* C. *de bon. quæ lib.*

tur, & non scripti, in quibus nuncupatur. Vis omnis codicillorum posita est partim in eo, ut jure valeant, partim in conditione relicti. Primum jure valeant necesse est, in quo duo necessaria; ut ab initio recte fiant, facti non infirmentur. Ut recte fiant duabus rebus continetur: persona ordinantis, & ordinationis modo. De persona ordinantis ita jus est, ut is demum codicillos facere possit, qui & (e) testamentum potest. Modus ordinationis nullam perfectæ solemnitatis observationem desiderat, sed sufficit coram quinque testibus eodem tempore, & simul codicillos fieri, & si scribantur, a testibus (f) subnotari. Infirmantur aut per se, aut alieno casu. Per se contraria, eaque nuda (g) defuncti voluntate. Alieno casu, cum testator simul & testamentum, & codicillos fecit; siquidem testamento postea infirmato & codicilli, sive ante, sive post testamentum facti (h) concidunt. Relinqui omnia codicillis possunt, una (i) hæreditate excepta, ne (k) confundatur jus testamentorum, & codicillorum. Hoc posito consequens est, nec hæreditatem codicillis (l) adimi, nec hæredi instituto (m) conditionem adjici, multoque minus detrahi posse. Sed hoc ita accipiendum est, ut directo dari hæreditas codicillis non possit. Ceterum quin per (n) fideicommissum recte relinquatur, nulla dubitatio est; sed & codicillis directo relicta, valebit nihilominus jure fideicommissi (o). Inter quæ quantum intersit, ex iis, quæ de fideicommissis jam tradere paramus, facile intelligetur.

CAPUT XLVI.

De fideicommissariis hæreditatibus.

Fideicommissum est, quod verbis (p) precariis, aut quo alio indicio precariæ voluntatis defuncto relinquitur. Et est aut (q) universale, quod hæreditatem, ejusve partem continet; aut singulare, quod res singulas. Prior species huc pertinet; (r) posterior legatis per omnia exæquata est. Constat obliqua hæc acquisitio duabus iisdem illis rebus, quibus directa: delatione videlicet fideicommissi, & delati susceptione. Delatum iterum intelligitur, si & ab initio constiterit, nec postea sit infirmatum. Rursus, ut ab initio consistat, positum item partim in potestate deferendæ per fideicommissum hæreditatis; partim in voluntate deferentis. Potestas spectatur in hisce quatuor rebus: in personis quibus fideicommissum constat; in ritu externo testationis; in re, quæ relinquitur; in relinquendi modo. Constat omne fideicommissum personis tribus: testatore, seu eo, qui relinquit; hærede, seu eo, a quo (s) relinquitur; item fideicommissario, cui relinquitur. De primo, & tertio eædem sunt (t) regulæ juris, quæ supra de testatore, & hærede relatæ sunt; ut is solus relinquere possit, qui & testamentum facere potest; ei vero relinqui, qui qualemcumque testamenti factionem habet.

Relinqui ab iis omnibus potest, ad quos hæreditas nostra (u) perventura est. Hi tres; hæres scriptus; hæres fideicommissarius; item legitimus; nam & legitimis hæredibus traditur paterfam. sponte sua relinquere hæreditatem, dum eam non (x) adimit alios instituendo. Hoc solum observandum, ne plus quisquam rogetur restituere, quam ipse ex judicio defun-

(e) *l. 6. p. pen. l. 8. §. ult. & seq. eod.*

(f) *d. l. ult. §. ult. C. eod.* quod certioris probationis causa in re non levis momenti constitutum esse vulgo creditur; ceterum ad ordinationis solemnitatem nihil requiri *§. ult. Inst. hic.*

(g) *l. 18. de leg. 3.* declarata vel verbis, vel facto. *l. 3. C. hoc tit.* non autem si posterior voluntas contraria non erit; nam tum plures codicillos factos esse interpretabimur, quod licet *l. 6. §. 1. ff. d. l. ult. §. ult. Cod. eod.* neque si testamentum postea conditum fuerit, nisi appareat testatorem a priore voluntate recessisse. *§. 1. Instit. eod.* tametsi posterius testamentum rumpat prius. *§. §. 2. Inst. qu. mod. test. inf.* propterea quod unumquodque justam, & perfectam de universa successione testationem, continere debet.

(h) *l. 3. §. ult. l. 14. l. 16. ff. l. 1. C. eod.*

(i) *§. 2. Institut. l. 2. Cod. eod. l. 76. ff. ad Trebel.* Olim nec legata codicillis relinqui poterant *§. præterea, 10. Instit. de fid. hær.* quod mutatum *l. 2. C. com. de leg.*

(k) *dict. §. 2.* Aliam rationem reddit Papin. in *l. 10. eodem.*

(l) Quod & traditur in *d. §. 2.* item in *l. 2. C. & l. 6. in pr. ff. eod.*

(m) Quia adjiciendo conditionem, in defectum ejus de adimenda hæreditate, detrahendo de danda hæreditate testator cogitasse videtur. *l. 27. §. ult. ff. de cond. Instit.*

(n) *d. §. 2. d. l. 2. C. eod.* ut capiatur quidem ab instituto, sed imminuta detractione quartæ ex S. C. *l. 2. §. ult. ff. eod.*

(o) Atque ita ex conjectura voluntatis Scevola respondit in *d. l. 76. ad Treb.*

(p) Non civilibus verbis, ut hæreditas, & legata, sed precative. Ulpian. *tit. de fid. Inst. de sign. reb. per fid. rel. in pr. & §. ult.*

(q) Arguum. *tt. Instit. de fid. hær. & de sing. reb. per fid. rel.*

(r) Nam cui fideicommissa hæreditas restituitur, hæredis loco habetur. *§. 3. & aliquot seq. Inst. hoc titulo,* & ita accipienda est *l. 2. Cod. com. de legat. §. 3. Inst. de leg.*

(s) Qui, quod ejus fidem defunctus sequitur; fiduciarius hæres appellatur. *l. 45. l. 67. §. ult. eod.*

(t) *l. 1. in princ. & §. 1. de leg. 3. l. 8. §. 3. ff. hoc tit.*

(u) *§. 2. & §. 10. & seq. Inst. hoc tit.*

(x) *l. 8. §. 1. ff. eod. d. l. 1. §. 6. de leg. 1.*

defuncti (*y*) acceperit. In ritu nihil refert teſtamento relinquatur fideicommiſſa hæreditas, an codicillis; ac teſtamento a ſolo hærede inſtituto, codicillis etiam a (*z*) legitimo relinqui poteſt. Res, quæ per fideicommiſſum univerſale relinquitur, eſt hæreditas, aut quævis pars ejus, de qua reſtituenda rogatur is, ad quem ea pervenit. Modus relinquendi eum legatis, & fideicommiſſis rerum ſingularum communis, ut quemadmodum legata relinqui poſſunt pure, ſub conditione, † in diem, ſive ex die, ſic & relinquatur hæreditas per fideicommiſſum totidem modis; quarum rerum uberiorem tractationem rejiciemus in communem illum locum.

CAPUT XLVII.

Ubi ex voluntate relictum fideicommiſſum intelligatur.

VOluntatis triplex quæſtio; quando fideicommiſſum delatum intelligatur; delatum an perſeveret; ſi delatum ſit, & perſeveret, quid contineat. Primum fideicommiſſum deprehenditur aut ex (*a*) verbis precariis apertis, aut ex eo, quod hæreditas directo alteri delata non poteſt pervenire, niſi precario modo. Delationis hujus ſpecies quatuor: prima, ſi teſtator aliquem directo inſtituerit, aut ſubſtituerit ubi non licet, puta (*b*) codicillis; ſecunda, ſi hæredem ſuum roget, ut aliquem hæredem faciat, quaſi per hoc eum (*c*) rogate videatur, ut hæreditatem ei reſtituat; tertia, ſi hæredi ſuo mandet, nec teſtamentum faciat, quibus verbis cavere intelligitur, ut hæreditatem ad (*d*) legitimos hæredes devolvi ſinat; poſtrema, ſi duo teſtamenta condens, poſteriore cavit, ut prius quoque valeat, hic prius teſtamentum nihilominus tollitur, ſed propter inſertam clauſulam placet jure fideicommiſſi hæreditatem ad illos pervenire, qui priore teſtamento (*e*) ſcripti ſunt.

Infirmandi fideicommiſſi ratio eadem, quæ legatorum: quamobrem de ea quoque in argumento de legatis diſputabimus. Unum hic diſſimile, quod repudiatione hæredis fideicommiſſum non ſtatim intercidat, ut legata, & fideicommiſſa ſingularia, ſed ſi nolit hæres adire, cogi poſſit ex S. C. Trebelliano, ut adeat, quod poſtea planius intelligetur.

Quid inſit fideicommiſſo, quatuor his ex rebus noverimus: cui, a quo, quantum delatum ſit, & quando judicio teſtatoris. Ei delatum intelligitur, quem teſtator deſignavit ſive nominatim, ſive ea oratione, unde id intelligi (*f*) poſſit; perſona non deſignata fideicommiſſum deberi (*g*) non poteſt. A quo relinquatur ſemper expeditum eſt, ſive perſona demonſtretur, qui reſtituat; ſive (*h*) non, cum ex (*i*) onere perſona onerati ſatis intelligatur. Quantum relictum ſit, facile intellectu, ſi unus tantum hæres inſtitutus eſt; nam ſi pars relinquatur, ea exprimitur; ſi tota hæreditas, hic jure fit, ut nihil amplius relictum intelligatur, quam dodrans (*k*) ut paulo poſt certius intelligetur. Sin plures ſint hæredes, ibi aut nominum expreſſio, aut hæreditariæ partes, aut onus ſingulis injunctum partes (*l*) indicabunt, eodem plane modo, ut in pluribus hæredibus (*m*) inſtitutis, & ſubſtitutis. Poſtremo tempus præſtationis varium, prout, aut pure, aut in diem, aut ſub conditione relinquitur, quod item plenius explicabitur in legatis.

Sed ut nihil extrinſecus fideicommiſſo adjiciatur, communis tamen hæc omnium conditio eſt, ſi hæres rogatus hæreditatem (*n*) adiit. Quid ergo ſi nolit adire? huic incommodo duplici via occurſum. Primum invitari ſunt hæredes,

(*y*) §. 1. *Inſt. de ſign. reb. per fid. rel. l. 6. C. de fid. l. 6. in pr. de leg. 3.* & hoc eſt, quod vulgo dicitur, neminem ultra quam honoratus eſt, onerandum eſſe.

(*z*) *d. §. 2. & §. 10. inſt. hoc tit. §. pen. Inſt. de eod. l. 27. §. Trebellianum, 8. ff. ad ſene. Treb.*

† Etiam in diem reliqui poſſe fideicommiſſum placuit. §. 2. *Inſt. eod.* Cur igitur dies hæredis inſtitutioni adjectus pro ſupervacuo habetur? §. 9. *Inſt. de hær. Inſt.* nimirum ne teſtator poſt tempus, aut medio tempore, atque ita pro parte inteſtatus decedat, quod juris civilis ſubtilitas non patitur. *l. 7. de R. Jur.* In reſtitutione autem hoc jus non offenditur, cum is, qui reſtituit, hæres nihilominus maneat. §. 3. *Inſt. hoc tit.*

(*a*) Qualia ſunt, peto, volo, rogo, mando, fidei tuæ committo. §. *ult. Inſt. de ſign. reb. per fid. rel.*

(*b*) Cujuſmodi ſpecies proponitur in *l. 76. ad Treb.*

(*c*) *l. 17. in pr. d. tit.* multo magis igitur valebit hæc voluntas jure fideicommiſſi, ſi teſtator roget hæredem ut hæreditatis partem alicui poſt mortem reſtituat. *l. 114. §. 7. de leg. 1.*

(*d*) Quod ex fine hujus præcepti ſatis intelligitur, ſpecies eſt in *l. 74. ff. eod. Treb.*

(*e*) Atque ita & Divi Severus, & Antoninus reſcripſerunt. *l. 29. eod. §. 3. Inſt. quib. mod. teſt. inf.*

(*f*) *l. 74. eod.* vel indefinite, quiſquis mihi hæres erit; quibus verbis qui contineantur, ſupra indicavimus C. 40.

(*g*) Ita Paul. reſpondit in *l. 4. de reb. dub.*

(*h*) Veluti ſi ſimpliciter teſtator dixerit, velle ſe hæreditatem ſuam alicui reſtitui. Exempla in *l. 14. C. de fid. l. 29. l. 76. ad Treb.*

(*i*) Quod hæredis eſt, uti & omne æs alienum. *l. 2. C. hær. act.*

(*k*) Si tamen hæres ſponte adjerit, & reſtituerit. §. 5. *& 6, Inſt. hic*

(*l*) *l. 23. & ſeq. ff. hoc tit. ad ſen. c. Treb. l. ult. §. 2. de reb. dub.* quibus locis inſpectis, nihil erit, quod amplius ad explicationem hujus rei deſideres.

(*m*) *l. 9. §. 12. de hær. inſt. l. 24. de vulg. l. 124. de leg. 1.* dixi *cap. 40. ſup.*

(*n*) Quæ conditio tum ex verbo reſtituendi, tum ex jure, & reſtituendi obligatione ineſſe fideicommiſſo ſatis intelligitur; nam nec reſtitui poteſt, niſi quod ad aliquem pervenit. *l. 20. §. 7. de pet. hær.* neque obſtringitur quiſquam, qui nihil accepit. l. 9. *C. de fid.* nec acquirit: niſi adeundo. § *ult. Inſt. de hær. qual.* unde fit, ut hæreditate non adita fideicommiſſum intercidat. *l. 13. l. 16. §. 6. eod. hoc tit.*

redes, ut sponte adirent; deinde, si recusarent, etiam coacti. Invitantur duobus modis, nam & sublata est S. C. Trebelliano dubitatio eorum, qui metu æris alieni adire hæreditatem recusare possent, cautumque, ut quæ actiones in hæredem, & hæredi competunt, ei dentur, & in eum, cui ex fideicommisso restituitur hæreditas; & molestia adeundæ, ac mox restituendæ hæreditatis, quam nemo facile alieni tantum compendii causa subjerit, justo emolumento pensata; quod factum est S. C. Pegasiano, quo et, qui rogatus esset hæreditatem restituere, perinde permittitur quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia de legatis conceditur. Si his rebus non adducitur hæres, ut sponte adeat, cavetur eodem S. C. ut desiderante eo, cui restituere rogatus est, jussu Prætoris cogatur adire, & restituere hæreditatem, nullo nec damno, nec commodo apud hæredem (o) remanente. De quibus omnibus ita deinceps disseremus, quasi cuncta Trebelliano S. C. cauta essent, postquam Justiniano placuit vim omnem Pegasiani in (p) Trebellianum transfundere.

CAPUT XLVIII.

Quis, per quem, quibus remediis adire hæreditatem, & restituere cogatur.

De necessitate adeundi tria hæc ordine cognoscenda: an omnes sine exceptione cogi possit; per quem quis cogatur; quibus ad hoc remediis opus. Principio quisquis est, cui hæreditas quocumque (q) jure delata est, ei necessitas (r) adeundi S. C. imponitur, nec per se ullam recusandi causam habet, sed quod per se non potest, id ei ex quatuor causis extrinsecus intervenientibus tribuitur, prima est, si quis non suam hæreditatem, sed (s) alienam restitui jusserit: hic enim cum ad neutram Senatusconsultum pertineat, merito cessat compulsio. Secunda est, si quid hæredi obstet, quominus jure communi adire possit, puta si conditio institutioni adjecta est, aut hæres repudiavit. Conditio adjecta, aut est in potestate hæredis, aut non est: hæc ad officium prætoris non (t) pertinet, illa, si turpis est, (u) remittitur, reliquæ ita implendæ, ut sine (x) incommodo hæredis res transigatur. Qui semel repudiavit, amplius adire non potest; sed ne factum alienum fideicommissario noceret, placuit etiam post repudiationem † justis de causis cogi posse hæredem, ut adeat; cujusmodi causa omnia haberi debet, si nihil fideicommissario (y) imputari potest, quod hæres repudiavit. Tertia causa a persona ducitur fideicommissarii, si negetur fideicommissum deberi; ex hac autem causa ita audietur hæres, si constet (z) præsentia non deberi; quod si de eo controversia sit, interest utrum de viribus testamenti quæratur, an de viribus fideicommissi: priore casu non (a) auditur hæres, nisi utriusque confessione constet, Testamentum nullum esse; posteriore auditur, nisi cognitio (b) prolixiorem tractatum habeat. Si deberi fideicommissum constiterit, sed nondum peti possit, forte quia in diem relictum, non est (c) differenda compulsio. Postrema recusandi causa nascitur incommodis aditionis, ut si quod incommodum personæ, sive quod damnum pecuniæ, lucri cessantis, ærisve alieni hæres metuat, non cogatur adire, nisi id omne avertat fideicommissarius (d).

Cum

(o) Quæ omnia dilucide exposita sunt in §. 4. & 3. *seq. Inst. eod.* l. 1. §. 1. & *seq. ff. eod.*

(p) Hinc factum, ut quarta, quæ de fideicommissis deducitur, vulgo Trebellianica dicta sit. A veteribus non alio fere nomine, quam Falcidiæ, appellatur *l.* 41. §. 5. *de vulg. l.* 66. *ad l. Falcid. l.* 27. §. 10. *l.* 29. *l.* 55. §. 2. *hoc tit.* §. 3. *Inst. quib. mod. Test. inf.* habita nimirum ratione ejus legis; qua primum quartæ deductio est constituta, quæ postea S. C. ad hujus quartæ detractionem traducta est; & idcirco non tam ex S. C. quam ex l. l. falcidia percipi videtur.

(q) Ex testamento, sive ab intestato, jure civili, sive prætorio, communi, sive militari. *l.* 2. §. 5. & *seqq. l.* 6. §. 1. *ff. hoc tit.* nec quicquam ad rem facit dignitas, aut amplitudo personæ hæredis fiduciarii. *l.* 5. & *d. l.* 6. §. 3. & *seqq. ff. eod.*

(r) Sui etiam se immiscere coguntur *dict. l.* 1. §. 2. Ceterum eo ipso, quod restituunt, satis se immiscere intelligendi sunt. Ita fortasse non male conciliabimus *dict. l.* 6. §. 2. *cum l.* 27. §. 3. *eod.* Dissert. Anton. Fab. 7. Conj. 7.

(s) *l.* 27. §. 8. & 9. *ff. eod.* In fideicommissis singularibus cur compulsio non habeat locum, ratio redditur in *l.* 14. §. 5. *eod.*

(t) *l.* 31. *in fin. eod.* ac ne sponte quidem, pendente conditione, adeundo hæres quidquam agit. *l.* 9. §. *ult.* & *seq. eod.*

(u) *l.* 65. §. 7. & *seq. eod.* ut & nominis ferendi *dict. l.* 63. §. 10. item jurisjurandi *l.* 8. *in princ. ff. de cond. inst.*

(x) *d. l.* 63. §. 8. *l.* 7. *l.* 31. §. *ult. eod.*

† *l.* 14. *in pr. ff. eod. l.* 2. §. *ult. ff. de su. & leg. hær.* alias perpetua est reg. *l.* 4. *C. de rep. hær.*

(y) *Arg. d. l.* 63. §. *pen.* junct. *l. falsum*, 155. *de R. J.* repudianti similis est, qui bon. poss. sibi delatam tempestive non agnovit *l.* 1. §. 10. & *seq. de suc. eod.* unde & hic & idem observatur *d. l.* 6. *in* §. *pen.*

(z) Ita responsum est in persona ejus hæredis, adversus quem constabat, filium emancipatum accepisse bon. poss. ceterum totus hic locus dilucide explicatur in *l.* 3. §. 2. & *seqq. eod.*

(a) Nam si nullum est testamentum, adeundo non obligatur hæreditati, utpote sibi non delatæ. §. *ultim. Inst. de hær. qual.*

(b) Ne tractu temporis hæres decedens fideicommissarium decipiat. *d. l.* 13. §. 3. *in fin.*

(c) Ac jam inde transibunt actiones *l.* 1. §. 9. *l.* 17. §. 7. *ff. eod.* Quid si sub conditione? magis est, ut & hic hæres compelli possit, nec causari quid poterit, ne, deficiente conditione, hæreat actionibus, cum nullum damnum sit futurum *l.* 13. *in princ. eod.* Anton. Fab. 18. *conj.* 8. diss. Dom.

(d) Vid. *l.* 4. 6. §. *ult. l.* 7. 8. 11. 14. §. 5. *l.* 16. §. 4. & 3. *seq. l.* 31. §. *ult. l.* 68. §. 8. *hoc tit.*

Cum cogi poterit hæres, restat, ut ab eo cogatur, cui cogendi jus. Talis est prætor, quo verbo Magistratus omnes, qui (e) jurisdictioni præsunt, complectimur. Cogendi remedia sunt hæc, ut detur actio ex S. C. extraordinaria, qua hæres in judicio conveniatur (f); si non veniat, multa dicatur, pignora (g) capiantur, quæ remedia sunt Prætoris. Quinimmo, si in contumacia persistat, actio in factum adversus eum institui poterit (h), qua fideicommissarius consequatur quod sua interest.

CAPUT XLIX.

Delatum hæreditatis fideicommissum quomodo acquiratur; quæsitum quid transferat, quid apud hæredem relinquat.

Delatum hæreditatis fideicommissum tunc acquiritur, cum, ut oportet, susceptum est. Susceptio utriusque factum, & voluntatem desiderat, & hæredis restituentis, & fideicommissarii restitutum accipientis. Utique si sponte hæres adiit, nam si coactus adiit, placet fideicommissarium recusantem fideicommissum suscipere perinde teneri, atque si (i) recepisset. Quoniam igitur utriusque consensu opus est, quid fiet, si is rogatus sit restituere, qui non (k) intelligit quod agitur? nimirum tutor, aut curator adhibendus est. Quid si is, cui restitui debet, talis sit? si pupillus est, auctoritate (l) tutoris illi restituetur; si furiosus, non potest ei omnino acquiri; sed hic locum habebit id, quod generaliter de omni successione furioso delata (m) constitutum esse supra diximus. Consensu interveniente nihil amplius desideratur, nec (n) interest, restitutio quomodo peragatur, utrum inter præsentes, an per epistolam, aut nuncium inter absentes; quin etiam a servo, aut filiofam. Jussu non præcedente facta, rata haberi, & confirmari potest (o). Effectus restitutionis est, ut hæreditas (p) transferatur in fideicommissarium, hæres re ipsa amplius hæres non sit, solus (q) fideicommissarius & agere utiliter, & conveniri ut hæres possit. Duo omnino in hac acquisitione dissimilia a superiori illa directa, nam neque (r) omnia, quæ defuncti fuerunt, semper quæruntur fideicommissario, & minuitur sæpe pro quarta ex S. C. Trebelliano. Proinde duo hic quærenda; primum quid transferatur, deinde quantum. Transfertur vi ipsa hæreditas. Hæreditatis & commoda esse, & incommoda, atque ea trium generum, ex iis, quæ non multo (s) ante tradita sunt, intelligi potest. Primum genus commodorum, eorum videlicet, quæ in bonis defuncti jam ante fuerunt, ita (t) transit in fideicommissarium, ut primo excipiantur ea, quæ ad hæredem non perveniunt, cujusmodi hæc duo, jus (u) personale defuncti; & res hæredis a defuncto (x) possessa; deinde, & quatuor alia: primum quæ personæ (y) hæredis cohærent; secundo quod judicio defuncti excipitur, ut dos (z) filiæ hæredis fiduciariæ, & interdum (a) prælegatum cohæredi rogato datum, quod ex (b) verbis

(e) A quibus provocatio est ad principem duntaxat *arg. d. l.* 13. §. 4. Quod si ipse prætor rogatus sit restituere, princeps adeundus erit, nisi se submittat alienæ jurisdictioni. *d. l.* 13. §. 4. *l.* 1. *de jud.* alioqui par in parem non habet imperium *l.* 3. §. *ult. & leg. seq. de recept.*

(f) *l.* 178. §. 2. *de V. S.* Ulp. *tit.* 25. §. 12.

(g) *Arg. l.* 1. §. 3. *de vent. insp.* idque etiam ex simili genere compulsionis intelligi potest de quo in *l.* 32. §. 12. *de recept. arb.*

(h) *Arg. l.* 9. *de edend. l.* 13. *in fin de re jud.*

(i) *l.* 67. *eod.* Cur enim recusaret quod recusare non potuit is, cujus hæreditatem suscepit? *l.* 4. *in princ. hoc tit.*

(k) Furiosus puta, aut infans. *l.* 35. *l.* 37. §. 1. *ff. l.* 7. *C. eod.* qui autem infantiam excessit, is ipse, auctore tutore, restituere debet. *l.* 3 §. 1. *d. l.* 77. §. 1. *eod.* puberi viro non est necessaria auctoritas. *l.* 1. §. *fuit*, 33. *eod.*

(l) §. 1. *Inst. de act. tut. d. l.* 37. §. 1. & si adhuc infans, tutor sine facto ejus admittere restitutionem poterit. *l.* 18. C. *de jur. del. l.* 7. C. *hoc tit.* rejecta veterum nimis superstitiosa subtilitate, quæ est in *l.* 65. §. *pen. ff. eodem.*

(m) *d. l.* 7. C. *hoc tit.* §. *tali*, C. *de cur. fur.* Attigi *sup. c.* 45.

(n) *d. l.* 37. *in pr.* nec requiritur traditio; aliter atque in petitione hæreditatis, ubi res singulæ restituendæ. *l.* 10. *de pet. hær.*

(o) *d. l.* 37. *l.* 30. §. 2. *l.* 65. *ff. hoc tit.* quod & in bon. possessione servatur. *l.* 6. *de bon poss.* contra in hæredit. *l.* 25. §. 4. *de acq. hær.*

(p) §. 3. *Inst. hoc tit.* si tamen post diem fideicommissi cedentem restituatur. *l.* 10. *ff. eod.*

(q) Nimirum pro qua parte ei hæreditas restituta est. §. 4. *& seqq. Inst. l.* 44. §. 1. *l.* 6. 8. *ff. eod. l.* 5. §. 1. *ff.* quod cum eo, qui in al. pot. *l.* 1. §. 7. *ut leg. serv. caus. cav.*

(r) Hæreditate directo, aut bon. possessione delata, nihil est in commodis, aut incommodis hæreditariis, quod non transeat in hæredem. *l.* 37. *de acq. hær. l.* 1. 2. & 3. *ff. de bon. poss.*

(s) Cap. 43. *in fin.*

(t) Etiamsi nondum nactus sit possessionem. *l.* 53. *eod.*

(u) Nam nec id ad hæredem transit. *l.* 13. *soluto matr.*

(x) Quia non sit hæreditaria. *l.* 52. *in princ. ff. hoc tit.*

(y) Exempl. in *l.* 55. *ff. eod.* jura sepulchrorum communicari putat Chifflet. 4. *de jur. fid.* 6. *arg. l.* 42. §. 1. *hoc tit.* junct. *l.* 6. *de relig.* idque ad jus patronatus ecclesiasticum transfert, quod & facit Pereg. *de fid. art.* 6. *num.* 17.

(z) *l.* 62. *in princ. ff. hoc tit.* add. *l.* 27. §. *pen. l.* 51. *eodem.*

(a) Prælegatum est, quod uni alicui ex hæredibus præter partem hæreditariam legatur, ut id sibi præcipuum habeat, unde & præceptio dicitur. *l.* 3. §. *penult. hoc tit.* In eo igitur duæ sunt partes, hæreditaria una, quæ a semetipso ei relinquitur, altera non hæreditaria, quam a cohærede accipit. *l.* 18. §. *ult. ff. ad S. C. Trebell.*

(b) Nam si hæres simpliciter rogatus est portionem suam restituere, etiam præceptiones. *d. l.* 3. §. *penult.* si portionem hæreditariam ea pars, quæ a cohærede accipitur, non altera. *d. l.* 18. §. *ultim.* continetur, quam a se accipit semper continetur, nisi postea, quam restituere jussus est, ei legatum fuerit. *d. l.* 18. §. *ultim.* junct. *l.* 86. *al. l. falc.*

tis testatoris, & varietate scripti æstimandum: tertio quæ fideicommissarii culpa amissa sunt, ut quæ (c) furto subduxerit; quarto si (d) quid hæres ob restitutionem vel amiserit, vel impenderit de suo. Secundum (e) genus bonorum, quæ hæreditati nondum aditæ quæsita sunt, totum ad fideicommissarium transit, nisi quid subtrahendo commodum hoc sibi adimat, aut impensæ superiores deminutionem suadeant.

Tertium genus, quod est eorum bonorum, quæ post hæreditatem percipiuntur aditam, longe in dissimili causa est. Horum commodorum duo genera: aut enim ab ipsa sunt hæreditate, aut a rebus singulis hæreditariis. Prioris generis commodum unum est, jus accrescendi, quod ita ad fideicommissarium transit, ut ad acquisitionem accrescentis portionis nova restitutione non sit (*f*) opus. A rebus singulis quæcumque proveniunt, ea omnia hæredis fiunt, præter ancillarum (*g*) partus, & percepta ex (*h*) obligatione hæreditaria, modo ea obligatio de sorte sit, non de usuris, quæ conditionem fructuum sequuntur, ac proinde non magis, quam fructus in restitutionem (*i*) veniunt. Et hoc jus perpetuum est, nisi mora ab hærede facta sit, aut testator hæc ipsa restitui voluerit. Mora fideicommisso facta, etiam fructus postea perceptos restitui placuit, exemplo bonæ fidei judiciorum, quibus in hac re visum est legata, & fideicommissa (*k*) comparari. Voluntas testatoris de fructibus restituendis, aut (*l*) aperte exprimitur, iisve verbis, quæ restitutionem (*m*) inducant, significatur, aut ex dilatione in gratiam fideicommissarii adjecta colligitur (*n*).

Sed quæcumque in restitutionem venire diximus, ea ita demum venient, si extent; si perierint, aut deteriora facta sint, interest, utrum casu perierint, an facto, culpa hæredis, an vero negligentia. Si casu, hæres non tenetur, nisi culpa casum præcesserit; si facto ejus, statim (*o*) tenetur: sed hoc ita, nisi deminuendi potestatem aut a testatore, aut a jure acceperit. Propone testatorem rogasse hæredem, ut quod ex hæreditate, bonisve superesset, post mortem suam restitueret; satis constat his verbis etiam deminuendi potestatem concedi, non absolutam quidem illam, sed cui inesse veteres credebant arbitrium boni viri, quo ad justam moderationem (*p*) revocaretur. A Justiniano postea certioribus adhuc finibus circumscripta est, ut ex (*q*) Novella ipsius lege cognoscere licet. Jure conceditur eadem deminutio in actionibus usurarum, & aliarum id genus accessionum, quæ hæredi sine (*r*) onere restitutionis acquiruntur. Extra has causas hæres deminuendo fideicommissario nocere non potest, sive pure, sive in diem fideicommissum relictum sit. Quid si sub conditione? Alienatio rata ab initio irrita fiet existente postea conditione. Quæ omnia aperte ejusdem principis (*f*) constitutione definita sunt, a veterum dispositione nonnihil discrepantia.

Negligentia hæredis si res hæreditariæ perierint, aut deteriores factæ sint, si lata sit, tenetur, si levis, non tenetur; uti nec quilibet alius debitor, quicum non contrahimus, sed in quem (*t*) indicimus. Porro totus hic locus, de casu fortuito, dolo, omnique culpa a quovis debitore præstanda †, alibi copiosius tractabitur.

Incommoda hæreditatis (*u*) omnia in fidei-com-

(c) *l.* 48. *ff. hoc tit. l.* 5. *C. de leg.*

(d) *l.* 7. *l.* 22. §. 3. *hoc tit.*

(e) Cujus generis sunt fructus, partus, stipulationes servorum. *l.* 27. §. 1. actiones ex rebus hæreditariis ante aditionem natæ. *arg. d. l.* 18. §. 1. *eod.*

(f) *l.* 43. *ff. eod. l.* 9. *de su. & leg. hær. arg. l.* 33. *in fin. de usufr.* Gom. 1. *res.* 5. *n.* 19. Diss. Cujac. 12. *obs.* 12. Putarem tamen cum Doctissimo Donelli enucleatore, hæredem fiduciarium, qui sponte adiit, etiam ejus partus, quæ accrevit quartam retinere posse.

(g) Et fœtus, qui submissi gregem retinent. *l.* 38. §. 4. *hoc tit. l.* 14. §. 1. *de usur.*

(h) Etiam naturali. *l* 47 *eod.*

(i) *l.* 18. *in pr. l.* 27. §. 1. *l.* 44. §. 1. *hoc tit.* nempe fructus post aditam hæreditatem percepti non hæreditati, quæ esse desiit facta patrimonium hæredis, sed rebus ipsis accepto feruntur. *d. l.* 18. §. 2. add. *l.* 53. §. 4. Cur igitur hæc in petitionem hæreditatis veniunt? *l.* 25. §. *ult. l.* 27. *de hær. per.* nempe quia possessor, qui hæres non est, nihil habet, quo sibi quid ex hæreditate defendat.

(k) *dd. ll.* 18 27. §. 1. *l.* 44. *in fin. l.* 3. *pr. de usur.* junct. *l.* 3. *Cod. in quib. c. in int. resti. l.* 32. §. 2. *de usur.* neque id negatur in *l.* 38. §. 7. *d. tit.* de strictis enim judiciis loquitur.

(l) Si id nominatim jusserit. *d. l.* 18. *pr.*

(m) Ut si cum incremento restitui voluerit. *d. l.* 63. §. 4. junct. *d. l.* 27. §. 1. aut quicquid ex bonis superesset. *l.* 3. §. 2. *de usur.* item in specie. *l.* 32. *hoc titul.*

(n) Species est in *d. l.* 3. §. 3. ne dies fideicommissarii gratia adjectus ei noceat; aliud igitur est, si hæredis causa dies adjectus est. *l.* 22. §. 1. *hoc tit.* quod & in re dubia præsumitur. *l.* 41. §. 1. *de V. O.*

(o) Qua de re vid. *l.* 58. §. 1. *l.* 70. §. *pen. hoc tit. l.* 47. §. 4. *& ult. de leg.* 1.

(p) *d. l.* 58. §. *pen. l.* 54. *eod.* quibus adde *l.* 3. §. 2. *de usur.*

(q) 108. *t.* 1. *und. auth. contra*, *C. hoc tit.* ubi vid. Don. nostrum. add. Gell. 2. *obs.* 137.

(r) Ex quo perspicue palam est etiam deminutionem concedi. *d. l.* 44. §. *ult. d. l.* 58. §. 2.

(f) *l. ult.* §. 2. & 3. C. *comm. de leg.* qua emendata esse intelligimus, quæ a veteribus tradita sunt in *l.* 25. §. 2. *l.* 70. §. 1. *hoc tit.* Porro totum hunc locum pluribus persequitur Peregr. *de fid. art.* 10. *n.* 26. *& seq.*

(t) *d. l.* 22. §. 3. junct. *l.* 25. §. *non tantum*, 16. *ff. fam. erc.* Si quid autem hæres utilitate exigente distraxerit, periculum evictionis ad fideicommissarium pertinet. *l.* 69. *hoc tit.*

† *Lib.* 2. *cap.* 76.

(u) Ut æs alienum. *l.* 1. §. 2. *ff. l.* 1. C. *eod.* onera legatorum, & fideicommissorum. *d. l.* 1. §. *ult. & l. seq. ff. l.* 2 *& ult.* Cod. *eod.* videlic. pro portione competenti, ut recte Don. in *d. l.* 2. *cont.* Ant. Fab. 11. *de err.* 10. nisi rogatus sit hæres deductis legatis. *l.* 51. *eod.* ac tuto quarta

commissarium transeunt, excepta executione ejus judicii, quod ante restitutam hæreditatem adversus hæredem institutum fuit (*x*).

CAPUT L.

Restituta hæreditate quantum transeat in fideicommissarium.

QUæ transeunt in fideicommissarium, ea non semper in totum transeunt; nam si pars tantum restitui jussa est, pro parte non restituta (*y*) apud hæredem remanebunt, modo ea pars jure hæreditario retineatur. Ceterum si certa pecunia, aut re reducta rogatus est restituere, translatis in solidum actionibus, res sine onere apud hæredem manebit, quasi ex (*z*) legato ei acquisita. Quod si tota hæreditas, aut integra alicujus hæredis portio restitui jussa sit, hic quantum transeat, intelligitur ex S. C. quo cavetur, ut quarta pars apud hæredem manere debeat. Neque hoc tamen perpetuum est. Duo sunt, ad quos certum est beneficium S. C. jure communi non pertinere; is, qui (*a*) coactus hæreditatem adiit, & qui (*b*) sponte totam restituit. Duo item, de quibus dubitatum; is, cui interdicta est a testatore quartæ detractio; tum qui non confecto inventario intra tempus deliberationis hæreditatem adiit. Sed non verebimur, quod de quarta Falcidiæ in eadem specie constitutum est, ad quadrantem Trebelliani producere, ut neutro casu retineri possit (*c*).

Cum his exceptis, ceteri in ea causa sint, ut quartæ retinendæ jus habeant, quæramus porro quanta sit hæc quarta, quomodo, & quo ex tempore ratio ejus ineunda, tum quæ in eam imputentur, ac eundem retenta quarta, aut non retenta, quatenus onera transeant, maneantve. Quantitas quartæ æstimatur ex quantitate patrimonii; hæc prout sunt res, quæ ab eo deducuntur, aut non deducuntur. In quo duplex cernitur differentia inter quartam Falcidiæ, & S. C. Primum cum ratio legis Falcidiæ ponitur, ante deducitur (*d*) æs alienum; in ratione quartæ fideicommissariæ patrimonium, quale est, nullo onere deducto, æstimatur. Secundo quantitas patrimonii, ad quam ratio legis Falcidiæ redigitur (*e*), mortis tempore spectatur, Trebelliani eo tempore, quo fit restitutio. Imputantur in quartam fideicommissariam non tantum quæ jure hæreditario capiuntur, sed & quæ jure (*f*) legati, vel fideicommissi, vel conditionis implendæ causa. In quo iterum manifestum discrimen est quartæ S. C. & Falcidiæ, in quam ea tantum imputantur, quæ capiuntur (*g*) jure hæreditario. Sane in prælegato obtinuit extra quartam fideicommissariam id esse, quod a cohærede (*h*) accipitur. Retenta quarta scinduntur actiones, & pro dodrante transferuntur in fideicommissarium; pro quadrante apud hæredem remanent. Sin hæres totam hæreditatem, aut sponte restituit, aut quia coactus alieno periculo adiit, quidquid est onerum hæreditariorum, id omne in fideicommissarium transit (*i*).

CA-

quarta tam de legatis, quam fideicommisso detrahitur. *d. l.* 2 *in fin. & seq. ff. eod.* in legatis porro ab hærede relictis fideicommissarius jure hæredis utitur. *l.* 63. §. 11. & *d. l.* 3. *eod.* excepto casu *l.* 1. §. 19. *eod.* in legatis vero a se relictis Falcidia non utitur. *dict. l.* 63. §. 11. quod tamen temperandum ex §. *seq.* Item jus accrescendi, de quo supr. *cap.* 44. Denique & actiones aditione confusæ. *l. pen. ff. eod.*

(*x*) *l.* 78. §. *penult. eod.* quia nova judicati obligatio contracta est. *l.* 3. §. *idem scribit, ff. de pecul.*

(*y*) §. 7. *Inst. hoc tit. l.* 11. C. *eod.* quippe pro ea tantum parte, quæ restituta est, fideicommissarius hæredis loco habetur. *l.* 44. §. 1. *paulo ante fin. eod.*

(*z*) §. 9. *Inst. l.* 1. §. *si hæres*, 16. *ff. eod.*

(*a*) Quia alieno periculo adit. *l.* 4. *l.* 14. §. 4. *l.* 27. §. 2. *eod.* cum moderatione tamen *l.* 9. & *l.* 71. *eod.*

(*b*) *l.* 68. §. *ult. hoc tit.* sive sciens, sive in jure errans, secus si in facto. Congruit *l.* 60. *ff.* l. 19. & *ult.* C. *eod.* Vulgo placet, nec de his, quæ pietatis, aut religionis intuitu relicta sunt deduci. Peregr. *de fid. art.* 3. *n.* 63. Illud utique jure singulari receptum constat, ut ne hæres militis testamento institutus Falcidia utatur *l.* 6. C. *de test. mil.*

(*c*) Non ubi prohibita est *n.* 1. 2. quæ quamvis de Falcidia loquatur, verisimile tamen est, Justiuianum veterem loquendo consuetudinem secutum, utramque quartam uno Flacidie nomine comprehendisse. Vid. sup. *c.* 47. *lit. p.* argumento quoque est ratio prohibitionis, ut impleatur voluntas defuncti. *dict. c.* 2. *in fin.* cui & hoc accedit, quod ubi minus oneratur hæres, ibi majorem esse oporteat licentiam prohibendi; contrariam tamen sententiam receptiorem esse testatur Ferrar. in *for. lib. pro legato rei singul. n.* 5. non item ubi inventarium non confectum. *l. ult.* §. *pen.* C. *de jur. del.* & hoc partim ex verbis, partim ex sententia sumitur. Contraria autem sententia & hic crebrior putatur. Vid. Gail. 2. *obs.* 138. Gom. 1. *res.* 5. Peregr. *art.* 3. *n.* 17. & *seqq.*

(*d*) §. *ult. Inst. de leg. Falcid. l. ult. Cod. ad Trebell.* non enim ut fideicommissarios. *l.* 44. §. 1. *ff. hoc tit.* ita legatarios onera sequuntur. *l. ult.* C. *de hæred. act.*

(*e*) Hoc, & quod sequitur est in §. 3. *Inst. l.* 30. *l.* 73. *ad l. Falc. l.* 22. §. 2. *l.* 58. §. 6. *hoc tit.*

(*f*) Quæcumque percipiuntur judicio defuncti. *d. l.* 22. §. 2. *l.* 19. *l.* 93. *ad l. Fal.* ergo & donatio conjugalis morte confirmata. *arg. l.* 32. §. 3. *de don. l.* 12. C. *ad l. Falc.* Diss. Scip. Gent. 3. *de don. int. vir. c.* 30. igitur & legitima. *arg. dd. ll.* ideoque duarum quartarum detractio canonib. probata. C. *Raynutius* de testam. jure civili defendi non potest, usu tamen etiam apud nos recepta est.

(*g*) *dict. l.* 91. Ratio differentiæ indicabitur *infr. cap.* 69.

(*h*) *d. l.* 58. §. 3. *d. l.* 91. quod ex voluntate defuncti sumitur. Vid. Don. nost. ad *l.* 24. C. *fam. erc.*

(*i*) Hæc, & quæ præcedunt, sunt in §. 7. *Instit. l.* 4. *l.* 45. *item l.* 1. §. 9. *l.* 16. §. 4. *l.* 28. *ff. hoc tit. l.* 1. & 3. C. *eod.*

CAPUT LI.

De legatis, & singulis rebus per fideicommissum relictis.

EXposita est ratio acquirendæ ex voluntate defuncti hæreditatis. Liceat nunc, omisso tantisper legitimæ successionis modo, ad rerum singularum acquisitionem, quæ est ex legatis, & fideicommissis, deflectere, ut quod reliquum est voluntatis supremæ expleatur. Legatum (*k*) est donatio (*l*) quædam a defuncto legis modo, idest imperative (*m*) relicta. Genera † legatorum olim fuere quatuor, non verborum tantum formulis, sed etiam natura, & jure distincta; per vindicationem, per damnationem, sinendi modo, per præceptionem. Sed horum differentia una cum verborum (*n*) solemnitate postea sublata est, constitutumque, ut omnium legatorum, quibuscumque verbis concipiantur, una eademque sit ratio, atque (*o*) natura. Fideicommissum hic est, quo res singulæ (*p*) precative relinquuntur, quod licet verborum figura adhuc a legato discretum sit, una tamen nunc est utriusque natura, unus idemque (*q*) effectus. Proinde de utroque promiscue ita dicemus, ut quod de uno genere dictum erit, ad id alterum quoque pertinere intelligatur.

Summa de hac parte juris quæstio duplex; una de ratione acquirendi legati, aut fideicommissi; altera de jure quæsiti retinendi, persequendive. Acquisitio duabus rebus constat, delatione legati, & delati agnitione. Ad delationem tria necessaria; ut quid relictum sit a defuncto; ut jure; ut postea non sit infirmatum; quæ ratio quoque est ceterarum rerum, quæ testamento, aut codicillis relinquuntur. An quid legatum sit, fideive commissum, cognoscitur tum ex verbis defuncti; cujusmodi sunt ea, quibus vulgo in legatis, & fideicommissis utimur; tum ex demonstratione, quæ vice verborum fungatur. Demonstratio aut in verbis est testatoris, aut in ejus facto. Verba testatoris, quæ conjectura voluntatis fideicommissum inducant, prope (*r*) innumera. Factum ejus unum, nutus videlicet; nam & (*ſ*) nutu relinqui posse fideicommissum placuit. Sed hæc ita se habent, nisi voluntas testatoris refragetur. Ut refragari videatur, duo hæc faciunt; error in re, aut persona, & voluntas posterior priori contraria. Neque tamen omnis error aut voluntate deficitur, aut legato officit; interest enim utrum in corpore rei, aut in corpore, personave legatarii testator erraverit, an in rei dominio, an denique in nomine. Si in corpore rei, aut persona legatarii erratum sit (*t*), irritum est legatum, quia talis error consensum non habet. Idem est, si quis in dominio rei errans rem alienam tamquam (*u*) suam legaverit, nisi forte conjunctæ personæ relicta sit, cui legaturus fuisset etiamsi alienam esse scisset. Error in nomine non eodem jure omnis habetur; nam si in (*x*) proprio nomine quis erraverit, nihilominus valebit (*y*) legatum; sin in † appellativo, puta si quis, cum vellet vestem legare, supellectilem adscripsit, non valebit (*z*). Rerum enim vocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia. Si diversæ scripturæ inciderint invicem contrariæ, novissimam

(*k*) Definitio conflata partim ex §. 1. *Inst. de legat.* partim ex fragm. Ulpian. *eodem titul.* eadem fere est in *leg. 36. de legat.* 2. & *l. 116. de legat.* 1. licet verbis discrept.

(*l*) Syncategorema, quod generi addi potest, cum definitum est extra species divisi generis propter vocis homonymiam. Goclen. *de mod. defin. can. 9. exc.* 1. quatenus ergo aliquid confert, & causa est mere lucrativa, donatio quædam est, *l. 1. de don.* & hac parte distat ab hæreditate. *l. 32. ff. mand. l. 119. de V. S.*

(*m*) Additur in *d.* §. 1. ab hærede præstanda, sed hoc ad quæstionem quid est? non pertinet.

† Vid. Ulpian. *d. loc.* Cai. 2. *tit.* 5. & 7. §. 2. *Inst. hoc tit.*

(*n*) Quæ sublata est *l. 21. C. hoc tit.*

(*o*) *l. 1. C. com. de leg.* qua demum generum differentia tollitur. *d.* §. 2. *hoc tit.*

(*p*) *Pr.* & §. *ult. Inst. de sign. reb. per fid. nel.* Ulpian. *t.* 25.

(*q*) *l. 2. C. com. de leg.* §. 3. *Inst. hoc tit.* Quæ olim fuere differentiæ, eas diligenter congessit, & sub uno aspectu collocavit Turam. *de exeq. leg. c. 1. & 3. & seq.* Dubium autem non est, quin *l. 1. ff. de leg.* 1. a Tribon. interpolata sit Duar. 2. *diss. c.* 9. Turam. *c. 6. num.* 7.

(*r*) Vide Matheuc. *Epit. leg. lib.* 1. *c.* 3.

(*ſ*) *l. nutu*, 21. *de leg.* 3. multo magis igitur probandum est valere fideicommisso in specie. *l. 39.* §. 1. *eodem tit.*

(*t*) *l. 4. de leg.* 1. *l. 9. in pr. de hær. inst.* Idem est, si in consanguinitate legatarii erraverit. *arg. l. 4. Cod. de hær. inst.* quia nec hic error consensum habet. *l. 15. ff. de jurisd.*

(*u*) §. 4. *vers. quod autem*, *Inst. hoc tit.* de quo infr. C. 53.

(*x*) Quod differentiam dumtaxat accidentalem significat, & rei, sive personæ singularis designandæ causa repertum est, ut Titius, Mævia, fundus Tusculanus.

(*y*) Si constet de quo senserit testator. §. *siquidem*, 29. *Inst. eod. l. 4. C. de testam.*

† Cujusmodi nomina substantiam rei, sive essentiam significant, nec ex opinionibus singulorum, sed ex communi usu exaudiri debent. *l. 7.* §. 2. *de sup. leg.* ut fundus, homo, vestis, supellex.

(*z*) *dict. l. 4. de leg.* 1. Hominum vocabula ea sunt, quæ dicuntur propria, utpote quæ thesi constant, id est, arbitrio privatorum hominum imponuntur, eademque libertate mutantur. Rerum autem vocabula nomina sunt appellativa, quæ publica sunt, ac communia, & natura fere constant; *nam*, ut Cratylus apud Platon. *major quædam vis, quam humana prima rebus nomina imposuit*, & Varro 5. *de lign. lat.* diserte affirmat, naturam rerum ducem fuisse ad vocabula imponenda homini. Flexa autem tametsi thesi pleraque constent, publice tamen ab omnibus imposita sunt, & sive fortuito, sive prudenter id factum sit, eadem semper maneant necesse est; quia eorum impositio naturæ consona habetur, quamvis non omnium ratio reddi potest.

mam (*a*) valere placuit, usque adeo, ut si nominatim ita cavero, quod Titio infra legavero, id neque do, neque lego, in posteriore autem scriptura nominatim adjecero, poenitere me prioris derogationis, posterior scriptura ex nova voluntate potior (*b*) habeatur; cum nemo eam sibi legem dicere possit, ut a priore ei non liceat recedere.

CAPUT LII.

Quis, cui, a quo legare possit.

NOn est satis ad delationem legati relictum quid esse a defuncto; alterum exigitur, ut relictum sit jure. In quo quatuor hæc spectanda: personæ, quibus legatum constat; res legata; forma legandi; postremo finis. Personæ tres: legantis; legatarii; ejus, a quo legatur. Ad personam legantis quod attinet, sciendum est, eos demum legare, aut fideicommissum relinquere posse, qui (*c*) testandi jus habent. Utrum autem habuerint, eo tempore inspiciendum, quo legatum (*d*) reliquerunt. Legari potest omnibus, cum quibus testamenti (*e*) factio est, idque duobus (*f*) temporibus inspicitur; testamenti facti, ut constiterit legatum; mortis testatoris, ut exitum habeat. Si quis alterutro temporum testamenti factionem non habuerit, inutile est legatum (*g*).

Eorum, a quibus legatum relinqui potest, duo sunt (*h*) genera: unum eorum, quibus aliquid (*i*) datur; alterum eorum, quibus, cum possit, non adimitur. In priori (*k*) genere sunt in primis hæredes instituti, nec nostri tantum, sed & quos pater filio impuberi hæredi instituto (*l*) substituit. Secundo legatarii, & fideicommissarii. Tertio eorum omnium hæredes. Quarto exemplo legatariorum, donatarii mortis causa. Postremo debitor defuncti, quasi liberatio huic ante relicta videatur. In altero (*m*) genere sunt hæredes (*n*) legitimi tam remotiores, quam (*o*) proximi: bonorum possessores, qui ab intestato vocantur; item legitimi hæredes impuberis a patre hæredis instituti. Ceterum alio hærede instituto, a legitimo non recte (*p*) relinquitur, præterquam si rogatus fuerit tamquam (*q*) hæres. Sed & fisci fideicommitti potest, si quis intestatus decedens sciat, bona sua, tamquam vacantia, ad eum perventura; quippe & hic defunctus hæredem instituendo efficere potuit, ne bona vacarent. Ob eamdem causam & filiusfamil. qui de bonis castrensibus testari potest, intestatus decedens a patre recte relinquit. Hoc amplius & ii, qui mortis causa capiunt, idest, quibus conditionis implendæ causa pecunia legata est, rogari possunt, ut eam alii restituant, nempe quia & hic testatori liceat dandi conditionem detrahere. Postremo si quid servo, aut filiofamil. legatum est, fideicommitti patris, vel domini potest, eadem plane ratione, quia efficere testator potuit datum adimendo, ne per eos ad patrem, dominumve perveniret. At quantum est, quod ab utroque genere personarum relinqui

---

(*a*) *l.* 12. §. 3. *de leg.* 1. nam quamdiu vivit, mutare voluntatem testator potest. *l.* 4. *de adim. leg.* nec aliud servatur in pactis. *l.* 12. *C. de pact.*

(*b*) *l.* 22. *de leg.* 3. ubi & ratio redditur. Quid autem si id nominatim non expressero? non valebit posterior scriptura. *d. l.* 12. *d. l.* 22. Diss. Cujac. 14. *obs.* 7. Plura de clausula derogatoria vid. apud Mantic. 12. *de conj. ult. vol. tit.* 8.

(*c*) *l.* 2. *de leg.* 1. *leg.* 1. *de leg.* 3.

(*d*) *d. l.* 1. §. 1. *&* 5. Sane si filiusf. aut servus fideic. codicillis reliquerint, & sui juris facti in eadem voluntate duraverint, placet fideic. valere, secus vero, si testamento, quippe quod nuda voluntate nec constituitur, nec confirmatur. *d. l.* §. 1.

(*e*) §. 24. *Inst. hoc tit.* vel passiva tantum. §. 4. *Inst. de hær. qual.* igitur servo ejus, cui legari potest. *l.* 12. §. 3. *de leg.* 1. & hæreditario *l.* 110. *l.* 3. civitatibus, collegiis. *l.* 117. *l.* 122. *d. tit. l.* 8. *C. de hær. inst.* Vid. sup. *cap.* 38.

(*f*) *Arg. d.* §. *& l.* 49. §. 1. *ff. de hær. Inst.* Atqui in hæredis institutione etiam aditæ hæreditatis tempus inspicitur; nimirum jus hæredis eo maxime tempore spectandum, quo acquirit hæreditatem; legati vero dies (pure, aut in diem relicti) statim a morte testatoris cedit. *l. un.* §. 5. *C. de cad. toll.* & ex eo tempore adita quandoque hæreditate retroversus acquisitum intelligitur ei, cui statim acquiri potuisset. *l.* 5. §. *ult. quand. di. leg.*

(*g*) Media autem tempora non nocent. §. 4. *d. l.* 49. §. 1. perdit autem ista regula officium suum 1. in specie *l.* 54. *de leg.* 2. tum in specie *l.* 104. *de cond. & dem.* 3. in specie *l.* 42. *de l.* 2. *l.* 28. *de leg.* 3. quæ quia hodie vix usum habent, indicasse suffecerit.

(*h*) Ut apparet ex *l.* 9. *C. de fid. l.* 1. §. 6. *de l.* 3.

(*i*) Judicio scilicet defuncti, non si fortuito, aut aliunde quid consequantur. *l.* 2. *in fin. de dot. præl. l.* 6. *de leg.* 3. non si invito testatore in partem vocemur, ut adrogatus in quartam. *ex const. D. Pii.* §. 3. *Inst. de adopt.* patronus in dimidiam, aut tertiam. §. 1. *&* 3. *Inst. de suc. lib.* liberi in trientem, aut semissem. Nov. 18. junct. *l.* 32. *C. inoff.* Matheac. 2. *ep. l.* 5. *n.* 24.

(*k*) Quod ordine indicant *d. l.* 9. *l.* 34. *& seq. de vulg. l.* 11. §. 5. *ad l. Falc. princ. Inst. de sing. reb. per fid. rel. l.* 5. *pr. &* §. 1. *de leg.* 3. *l.* 77. §. 1. *de leg.* 2. *l.* 77. *de leg.* 1. *l.* 37. §. 3. *eod.*

(*l*) Qui cum sint hæredes substituti, hæredes quoque sunt testatoris, juxta reg. *l. ult. C. de hær. Inst.* secus est in substitutis exhæredato. *l.* 126. *de leg.* 1. Ratio est in *l.* 87. §. 7. *ad l. Falc.* tametsi exhæredato quid legatum sit. *d. l.* 87. *l.* 24. *C. hoc tit.* nec obstat, quod ab exhæredato hactenus relinqui potest. *l.* 41. §. 3. *de vulg.* Vid. Vigl. ad §. 4. *Inst. de pup. n.* 3.

(*m*) Hi indicantur *l.* 93. §. *ult. de leg.* 1. *l.* 1. §. 7. *&* 8. *de leg.* 3. *l.* 114. *pr.* §. 2. *l.* 99. §. *ult. l.* 11. *de leg.*

(*n*) Non solum nati, sed etiam nascituri. *l. pen. de leg.* 1. neque de eo ulla hodie dubitatio. §. 26. *&* 28. *Inst. hoc tit.*

(*o*) Non alii tamen, quam rogati. *l.* 1. §. *pen. de leg.* 3.

(*p*) Etsi res postea redierit ad causam intestati. *l.* 2. 6. §. *ult. d. tit.* ubi & ratio additur.

(*q*) Puta si his verbis usus sit testator: quisquis mihi hæres erit. *l.* 14. *C. de fideic.*

qui potest? Et ab hæredibus quibus supra dodrantem legari lex (*r*) Falcidia prohibuit; ceteri rogari possunt; ut etiam id ipsum, quod perceperunt, aut (*s*) tantumdem restituant. Hoc solum observandum, ne quis supra id, quod accepit, oneretur. Plane si proponas eum, cui certa pecunia legata est, rogatum rem aliquam, quæ ejus propria sit, restituere, isque legatum agnoverit, restituere eam quamvis (*t*) majoris pretii sit, cogitur. Idem est, si e converso res certa cum pecunia (*u*) conferatur; nempe quia tanti videtur & testator legando, & ille agnoscendo rem æstimasse.

CAPUT LIII.

Quæ res dari, legari possint, ubi & de Regula Catoniana.

Dictum est de personis, quibus legatum constat; de rebus, quæ dari, legari possint deinceps videndum. Harum rerum duo genera; res speciatim ita dictæ, & facta. In rebus tria hæc inesse oportet; ut natura parari possint; ut ne prohibitæ alienari; ut emolumentum aliquod adferant legatario; quibus cognitis, in utramque partem res erit expedita. Primum igitur ex definitione proposita intelligitur, earum rerum nullum esse legatum, quæ in rerum natura (*x*) non sunt, nec esse (*y*) possunt; ut si bos legetur, qui mortuus sit, aut usufructus, qui morte fructuarii extinguitur; idemque juris esse, si res, cujus nullum est (*z*) commercium, legetur; cujusmodi sunt res divini juris, Reipub. Principis. Quod si non in totum res commercio exempta sit, sed certæ alicujus personæ tantum, interest, hæres is sit, an legatarius; si hæres, utile nihilominus est legatum; sin legatarius (*a*), nihil debetur. In eodem numero sunt & res hostium, præterquam si quo casu emi (*b*) possint. Item si quæ alias prohibitæ legari, ut ea, quæ (*c*) ædificiis juncta sunt, una, atque altera specie excepta; si quid legatum est ad opus publicum faciendum, aut ex iis ædibus, quæ quod in publico ædificatæ sint, destrui debeant.

Sed ut superiora non obstent, nullum tamen est legatum, si nihil (*d*) utilitatis inde percipiat legatarius, quod accidit in duobus generibus; in legato rei (*e*) nostræ, & nobis debitæ, utique si nihil in his plus est, quam quod nostrum sit, aut nobis debeatur. Sin autem res, aut non perfecte nostra sit, puta non ita, quin avocari possit; ut si (*f*) emphyteusis, superficies, pignus, ususfructus alteri in ea constitutus, tum utiliter ea legatur. Idem juris est, si plus erit in legato rei nobis (*g*) debitæ, quam in debito. Ut plus sit, efficitur, aut potestate novæ actionis, aut debiti repræsentatione. Potestate novæ actionis, si ea, aut efficacior est, aut plenior. Efficacior est, si vetus exceptione (*h*) removeri poterat; plenior, si aut diuturnior, ut sæpe est (*i*) actio ex testamento actione honoraria, aut alias uberior, ut legati, & fideicommissi persecutio quavis alia actione stricti juris, utpote in qua neque usuræ ex mora, neque fructus (*k*) præstantur. Est in eo nonnihil commodi, quod rei, quæ testatoris fuit, legatæ dominium (*l*) statim transeat in legatarium, quod non item creditoribus ex contractu tributum.

(*r*) De qua agetur infr. *c.* 59.
(*s*) Neque hi beneficio Falcidiæ utuntur. *l.* 47. §. *ult. ad l. Falc.* Quod sequitur est in §. 1. *Inst. de sing. reb. per fid. rel. l.* 114. §. 3. *in fin. de leg.* 1.
(*t*) *l.* 70. §. 1. *de leg.* 2. *l.* 36. *in pr.* & §. 1. *ad l. Falc.*
(*u*) Cujus rei argumentum non obscurum in *l.* 33. *de min.* Vid. Ant. Fab. 17. *conj.*
(*x*) *Arg.* §. 1. *Inst. de inut. stip. l.* 103. *de V. O. l.* 24. §. 1. *de leg.* 1.
(*y*) Nam si futura sperantur, ut fructus nascituri, legari possunt. *d. l.* 24. §. 7. *Inst. hoc tit.*
(*z*) Usque adeo, ut nec æstimatio debeatur. *l.* 39. § 8. & *seq. de leg.* 1. §. 4. *Inst. eod.* Idem probandum est, & si feudum alicui legatum sit. Gail. 2. *obs.* 155. Fach. 5. *cont.* 5. Diss. Peregr. *art.* 11. & Matheac. 2. *epit. leg.* 19.
(*a*) Distinctio hæc est in *l.* 49. §. 3. *de leg.* 2. eademque & in stipulationibus servatur *l.* 34. *de V. O.* ubi præ ceteris acute hac de re disputat Don. noster.
(*b*) *l.* 104. §. 2. *de leg.* 1. ut merces exteræ; legatum autem rei nostræ, quæ apud hostes est, consistit jure post liminii, *l.* 9. *l.* 98. *d. tit.* Duar. ad *d. l.* 9.
(*c*) *l.* 41. §. 1. *d. tit.* Ne ruinis publicus deformetur aspectus *l.* 2. *C. de ad priv.* Cujac. 5. *obse.* 26. Exceptiones subjectæ sunt in *d. l.* 41. §. 14. *de leg.* 1.
(*d*) *l.* 1. §. 10. *ad l. Falc.* quod & satis arguit definitio legati §. 1. *Inst. hoc tit. l.* 36. *de leg.* 3.
(*e*) *d. l.* 41. §. 2. 19. *Inst. eod.* nec igitur si post testamentum factum alienata fuerit, legatum convalescit. De re debita legata est in §. 14. *Inst. eod.*
(*f*) De usufructu nihil diserte scriptum, sed vel major in eo ratio est, quam in pignore, *arg. l.* 76. §. 2. *de leg.* 2. cetera aperte tradita *l.* 82. §. 1. *l.* 71. §. *pen. l.* 86. *in pr.* & §. *ult. de leg.* 1.
(*g*) *d.* §. 14. *d. l.* 1. §. 10. *ad l. Falc.*
(*h*) Quæ remissa creditori legato credito intelligitur. 28. *de leg.* 1.
(*i*) Quæ civilis est, & perpetua, actio honoraria sæpe annalis. *d. l.* 28. junct. *l.* 35. *ff. de obl. & act.*
(*k*) *l.* 38. §. 7. *de usur.* in actionem autem ex testamento veniunt. *l.* 3. *l.* 34. *d. tit.* Hinc si id, quod ex stipulatu debebatur, legatum fuerit creditori, utile est legatum propter incrementum usurarum, & fructuum; & generaliter toties valebit legatum, quoties creditoris interest ex testamento potius agere, quam ex pristina obligatione. *l.* 11. *de lib. leg. l.* 28. & 29. *de leg.* 1. Obstare tamen videtur responsum Scæv. *l.* 28. §. *pen. de l. leg.* Videri potest Duar. ad *d. l.* 28. & 29.
(*l*) *l.* 3. §. 2. *de leg.* 3. Etsi vero hæc legata ob superiora commoda sustinentur, nequaquam tamen aut Falcidia minuuntur, aut fideicommitti hujus creditoris potest. *d. l.* 28. §. 1. *d. l.* 3. §. 2. quia accessiones non tam ex legato, quam officio Judicis ob moram præstantur. *l.* 54. *locat.*

butum. Repræsentatione (*m*) plus est in legato, quam in debito, si id, quod sub conditione, aut in diem, aut loco longinquiore debebatur, pure (*n*) legetur, aut die, locove citeriore. Quid igitur si dies vivo testatore venerit, aut conditio extiterit? Placuit (*o*) utile nihilominus esse legatum, quia semel constitit. Cum a superioribus rebus discesseris, cæteræ in ea causa sunt, ut recte legentur; corporales sint, an incorporales, præsentes, aut futuræ, nostræ, an alienæ, liberæ, an pignori obligatæ, nihil (*p*) interest. Sed sciendum est, alienæ rei legatum hanc conditionem habere, si testator non ignorabat alienam esse; forsitan enim si scivisset, non (*q*) legasset. Utique tamen si tali (*r*) personæ relictum sit, cui legaturus fuisse præsumatur, etiamsi si scivisset alienam esse, conjectura voluntatis efficit, ut legatum debeatur. Idem est, si quis rem (*s*) hæredis tamquam suam legaverit. E converso autem, si quis rem suam legaverit, quam alienam esse, aut legatarii putabat, plus hic dicimus esse in veritate, quam in opinione, ac proinde utile esse legatum (*t*).

Non solum res, sed etiam facta, ut diximus, legari possunt, ut qui jussus est facere, parere debeat. Verum nec facta omnia recte jubentur: non ea, quæ sunt legibus, & honestati (*u*) contraria; non quæ inutilia, aut præter nudum præceptum nihil in se (*x*) habentia; non denique quæ æstimari non possunt, ut si quis liberos suos emancipare rogatus fuerit, aut extraneum (*y*) adoptare. Reliqua omnia ea conditione sunt, ut utiliter in fideicommissum deducantur.

Exoritur hoc loco quæstio, quæ tum ad personas, tum ad res legatas communiter attinet, utrum si illi, cui legari non potest, quid relictum sit, aut res, quæ in fideicommissum deduci non potest, legata, tale legatum, ut ab initio nullum est, ita & perpetuo eodem jure maneat; an mutata quandoque personæ, aut rei conditione convalescat? Et de tota hac re Catoniana regula sic (*z*) definit; quod si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocumque decesserit, non valere. Quæ definitio in quibusdam falsa est. Quid enim, si mihi legatus est fundus, qui scribendi testamenti tempore meus est, sub hac (*a*) conditione; si eum vivo testatore alienavero? aut quid, si (*b*) ususfructus deportato legatus, isque ante aditam hæreditatem in civitatem sit restitutus? Placuit Catonis regulam neque ad conditionales institutiones, aut conditionalia (*c*) legata, neque ad ea, quorum dies non mortis tempore, sed post (*d*) aditam demum hæreditatem cepit, pertinere.

CAPUT LIV.

De forma, seu modo, & fine legandi.

HActenus de personis ad legati vim pertinentibus; tum de rebus, quæ legari possunt, in quibus est tum efficiens, tum materia legati; sequitur forma, & finis. Forma versatur tum in supremæ voluntatis solemnibus; tum in certitudine, & incertitudine legati; tum in rebus legato extrinsecus adjunctis. Solemnia duo, ut aut testamento relinquantur, aut codicillis, alterutro judicio in suo genere (*e*) perfecto. Incertitudo legatum vitiat, si tanta sit, ut non intelligatur (*f*) quid, aut cui legatum sit. Extrinsecus adji-

---

(*m*) Repræsentare est ante diem solvere. *l.* 8. §. 3. *de transact.* & accelerationem quamdam significat, sic Cicer. *Phil.* 2. *repræsentare libertatem*, Curt. *lib.* 5. *repræsentare consilium* dixit pro ante diem exequi.

(*n*) *d.* §. 14. *Inst. l.* 29. legatum quoque dotis propter repræsentationem valet. §. 15. *Inst. eod. l.* 2. §. 2. *de dot. prel.* nam dotis solutio dilationem ex lege habet. *l. un.* §. *exactio*. C. *de rei ux. act.* atque in his legatis solus modus repræsentationis in computationem falcidiæ venit. *d. l.* 1. §. 10. *ad l. Falc.*

(*o*) *dict.* § 14. *Instit. de legat.* neque tamen ut falcidia inde deduci, aut creditor fideicommisso onerari possit. *d. l.* 28. §. 1. *d. l.* 3. §. 2. hactenus enim inutile, & vera Pauli sententia in *l.* 82. *de leg.* 2. sed ut ex testamento peti possit, quatenus approbata est Papiniani. Pauli rejecta. *d.* § 14.

(*p*.) Ut ex his locis manifestum est. *l.* 41. *pr. l.* 57. *de leg.* 1. §. *ult. Inst. de serv.* §. 4. 7. 21. *Inst. hoc tit.* & *tot. tit.* ff. *de lib. leg.*

(*q*) *d.* §. 4. *l.* 67. §. 8. ff. *de leg.* 2. *l.* 10. C. *eod.* probatio autem scientiæ incumbit legatario. *dict.* §. 4. Vid. tamen Vasq. 3. *de succ. progr.* §. 27. *n.* 40.

(*r*) Parenti puta, aut uxori, aut alias conjunctæ personæ: *d. l.* 10. idque etiam ad legata in piam causam relicta traducunt. Vasq. *d. loc.*

(*s*) Conjectura ducta ex persona domini, ejusdemque hæredis, qui non oneratur redemptione. *d. l.* 67. §. 8.

(*t*) §. 10. *Inst. hoc. tit.* Utique multo facilius legaturus fuisse præsumitur, si suam esse scivisset. *d. l.* 67.

(*u*) *l.* 112. §. *pen.* & *ult. de leg.* 1. exempla in *l.* 2. C. *de ædif. priv. l.* 17. *de cond. Inst.*

(*x*) *l.* 113. §. *ult. l.* 114. §. 14. *de leg.* 1. quib. locis hoc exemplis illustratur.

(*y*) *d. l.* 114. §. 8. *l.* 92. *de cond.* & *dem. l.* 41. §. 8. *de leg.* 3.

(*z*) *l.* 2. ff. *de reg. Cat.* exempl. in *l.* 41. §. 1. *de leg.* 1. §. 32. *In hoc tit.*

(*a*) Sic accipe *d. l.* 1. §. *ult. de reg. Cat. l.* 28. *de cond.* & *dem.*

(*b*) Veteres exemplo utuntur in servo, qui liber esse jussus sub conditione, legatum pure accepit. *l.* 91. §. 1. *de leg.* 1. 96. *de cond.* & *dem.*

(*c*) In quibus non testamenti facti tempus, sed conditionis spectatur. *l.* 4. *de reg. Cat. d. l.* 98.

(*d*) *d. l.* 3. *tit.* quia & hæc tacitam hanc conditionem habent, si hæreditas adita fuerit, utpote quorum dies ante nec cessit nec venit. *l. un.* C. *de cad. toll.* §. 6. *l.* 2. 3. ff. *quand. de leg.*

(*e*) *l.* 29. *qui test. fac. l.* 23. *de leg.* 3. *l.* 23. C. *de fideic.* vid. tamen *cap.* 33. *in fin. sup.*

(*f*) *l.* 2. *de his, quæ pro non script. l.* 4. *de reb. dub.* ut si legetur, nulla quantitate adjecta; quod Titius debet, nec is quicquam debeat. *l.* 71. §. 1. *de leg.* 1. Alia exempla suppeditant *d. l.* 71. *pr. l.* 10. *l.* 27. *de reb. dub.*

adjiciuntur legato hæc quinque; demonstratio, causa, modus, dies, conditio. Ex quibus duo illa, demonstratio, & causa juvandi legati gratia adjiciuntur, cetera temperandi, ac velut minuendi.

Demonstratio est adjectio omnis, quæ extra nomen rei (*g*) designandæ causa adhibetur. Hic ita habendum, falsa demonstratione legatum non (*h*) perimi; nisi ea aut in conditionem (*i*) exeat, aut res certa designata, locoque certo circumscripta sit, quæ (*k*) nulla ibi reperiatur; aut, tametsi vera sit demonstratio, sed (*l*) turpi signo legatarius demonstretur. Causa (*m*) legandi est ratio legandi ex præterito sumpta, & a legato separata; proinde quod juris est in demonstratione, hoc vel magis esse debet in (*n*) falsa causa; ut tamen & hic (*o*) conditionalis enunciatio obsit legato. Quod si (*p*) aliunde appareat, testatorem alias legaturum non fuisse, parata est hæredi doli mali exceptio. Modus legandi est causa legandi in futurum (*q*) collata, cui nisi pareat legatarius, legati repetitio est. Dies (*r*) certus adjectus efficit, ne legatum ante diem existentem peti possit. Conditio adjecta, ut omnino ante conditionis eventum non debeatur. Si ad diem, aut certam conditionem relictum est, post diem, aut conditionem existentem ipso quidem jure deberi non desinit, sed petenti obstabit doli mali exceptio (*s*).

Non omnis vero conditio utiliter adjicitur; quædam enim in ea causa sunt, ut pro non adjectis habeantur; cujusmodi est impossibilis natura, aut jure; quædam adjectæ legatum vitiant, ut captatoria, & in alienam voluntatem collata; omnes fere similiter, ut in hæredum (*t*) institutione. Legati in alienam voluntatem collati peculiaris consideratio in hoc, quod in legatarii voluntatem etiam aperta conditione collatum valeat, sed efficiatur (*u*) conditionale; in hæredis, aut extranei voluntate positum (*x*) non valeat; priore quidem casu nullo (*y*) modo; posteriore, si conditio alienæ voluntatis verbis exprimatur. Ceterum si omissa hac expressione quid legatum sit, tametsi ea conditio tacite (*z*) insit, placet nihilominus valere legatum.

Finis legandi est propositum libertatis exercendæ, ut ostendit legati definitio. Si quid igitur adscripserit testator, quod huic fini adversetur, inutile erit legatum; cujus generis sunt legata turpia; quæ notandi legatarii gratia scribuntur; item (*a*) captatoria. Tametsi enim hæc genera ad formam legati pertinent, quatenus in iis est demonstratio, aut conditio, tamen qua parte propositum defuncti spectamus, huc omnino sunt referenda. In eadem causa olim fuit, quod pœnæ nomine, id est, coercendi (*a*) hæredis causa relinquebatur; sed hoc postea emendatum est, constitutumque, ut ea, quæ pœnæ nomine relinquuntur, perinde ut cetera legata (*c*) valeant, exceptis videlicet iis, quæ (*d*) impossibilia sunt, aut legibus interdicta, aut alias probrosa. Postremo, si quod testator per se non potuit, id per legatarium fieri voluit, etiam hic finis obstat legato, ut neque id, quod relictum est, neque onus legatario impositum valeat, quasi legato in fraudem legis composito (*e*).

CA-

(*g*) *l.* 17. *de cond. & dem.* ideoque vice nominis fungitur. *l.* 34. *eod. tit.*

(*h*) §. 30. *Instit. hoc tit. d. l.* 17. §. 1. *l.* 33. *de cond. & dem.* quod & in errore nominis custoditur. §. 29. *Inst. eod.*

(*i*) *Arg. dict. l.* 17. §. 2. §. 31. *Inst. hoc tit. l.* 6. *de leg.* 1.

(*k*) *l.* 108. §. 10. *de leg.* 1. *l.* 1. §. 7. *de dot. præl.* aut si Titio, quod mihi Sejus debet, legavero, cum is nihil debeat. *l.* 75. §. 2. *de leg.* 1. *l.* 25. *de lib. leg.*

(*l*) 54. *de leg.* 1. quod & institutionem hæredis vitiat, ut dictum est *cap.* 38.

(*m*) Ea est, quam procatarcticen dialectici appellant, alias aphorme, & occasio dicitur.

(*n*) *d.* §. 31. *d. l.* 17. quia ratio legandi legato non cohæret. *l.* 72. §. *falsam. de cond. & dem.* nec causæ impulsivæ tanta vis esse potest, ut voluntatem evertat. VVesemb. ad *d.* §. 31. *& in par. in d. tit.*

(*o*) *d.* §. 31. *d. l.* 17. §. 1. cujusmodi omnis est, quando quid fieri volumus, priusquam quid aliud sequatur; unde perspicuum est conditione causam finalem contineri, qua non impleta, legatum deficiat. *l.* 44. §. *ult. dict. tit. arg. l.* 32. *de pact.*

(*p*) Ex sermonibus forte testatoris. *d. l.* 72. §. *falsam.*

(*q*) Et pars ordinationis, ideoque pro causa finali habetur; ut Titio 100. lego, ut mihi monumentum extruat. *d. l.* 17. §. *ult. l.* 27. *d. tit.*

(*r*) De vi diei, aut conditionis adjectæ tractatur, *inf. cap.* 61.

(*s*) Sicut & in aliis similibus obligationibus. *l.* 44. §. 1. *de obl. & act.* junct. *l.* 55. *de leg.* 1.

(*t*) Vid. sup. *c.* 38.

(*u*) Eumdemque effectum habeat *l.* 65. *de leg.* 1. *l.* 69. *de cond. & dem.*

(*x*) *l.* 43. §. 1. *de leg.* 1. *l.* 52. *de con. & dem. arg. l.* 32. *de hær. inst.* Voluntatem autem accipimus meram, & plenam; nam in arbitrium alienum etiam expressa conditione collatum valet, *l.* 1. *de leg.* 2. add. *l.* 11. §. 7. *de leg.* 3.

(*y*) *d. l.* 43. §. sive testator ita leget: Si hæres voluerit. *arg. l.* 8. *de obl. & act.* sive ita: Si hæres Capitolium ascenderit, quamvis legatum pœnæ hodie valeat. §. *ult. Inst. hoc tit.* Ceterum detracta conditione nihil prohibet præstationem legati in voluntatem hæredis conferre hoc modo: cum voluerit. *d. l.* 11. §. 6.

(*d*) *d. l.* 52. ut, Si Mævius Capitolium ascenderit, quæ conditio non in voluntatem Mævii, sed ad factum confertur; idemque & in hæredum institutione receptum. Adde Robert. 2. *sent.* 10. Duan. *cap. de cond. inst.*

(*a*) De utroque hoc genere dictum supr. *c.* 38.

(*b*) Ubi nulla alia causa erat relinquendi, non ut legatum ad alium pertineret. Ulpian. *in frag. tit. de leg.* exemp. in §. *ult. eod.* ratio apud Theop. *ibid.*

(*c*) *d.* §. *ult. l. un.* C. *de his quæ pœn. nom.* & vero iniquum non est, eum, qui legatum accipit, onus impositum pro modo relicti subire, & impedire non inhonestam defuncti voluntatem. Mynsing. *d. loc.*

(*d*) *dd. ll.* & alias impossibilium nulla obligatio. *l.* 185. *de reg. jur.*

(*e*) *l.* 102. *de leg.* 1. *l.* 88. §. 13. *de leg.* 2. *l.* 35. cum ex quibus locis & exemp. petuntur.

CAPUT LV.

Quibus modis legata infirmentur.

SUpereſt ad vim legati, ut quod ab initio jure conſtitit, ad extremum tale perſeveret. Hinc quibus modis ſemel recte conſtitutum eventu infirmetur, cognoſcendum. Id vero bifariam contingere poteſt; aut ita, ut ne ab initio quidem debeatur; vel ut deberi cœptum, poſtea deberi deſinat. Ut ne ab initio debeatur, fit aut caſu, aut voluntate teſtatoris. Caſu, ſi teſtamentum, aut codicilli, quibus aliquid relictum eſt (*f*), infirmentur. Una hic (*g*) exceptio eſt, niſi teſtamentum reſciſſum ſit ex cauſa præteritionis, aut exhæredationis; tum enim ſola inſtitutio irrita eſſe jubetur, cetera autem capita rata manere. Voluntas defuncti ambulatoria eſt uſque ad vitæ ſupremum (*h*) exitum; ideoque quod ſemel alicui dedit, id ei adimere, aut in alium transferre non (*i*) prohibetur. Declaratur hæc voluntas non (*k*) verbis tantum, ſed etiam rebus, & factis. Verbis quidem, dum aperte teſtatur, ſe aut adimere quod dedit, aut in alium transferre. Facta eamdem voluntatem indicantia ſunt fere hæc: ſi capitales, aut (*l*) graves inimicitiæ inter teſtatorem, & legatarium interceſſerint, non reconciliata ante mortem gratia; ſi teſtator (*m*) rem legatam deſtruxerit, aut rem mobilem legatam in aliam ſpeciem tranſtulerit, quæ ad priſtinam materiam reduci non (*n*) poſſit; ſi rem legatam adimendi animo (*o*) alienaverit. Totiens autem adimendi animum habuiſſe intelligitur, quotiens nulla urgente neceſſitate alienavit; puta ſi vivus alii (*p*) donaverit; ſin vero neceſſitate rei familiaris compulſus (*q*) vendidit eam, nihilominus debebitur; utrumque ita, niſi aut hic alienandi animus ab hæredibus, aut illic non alienandi a legatario (*r*) probetur; poſtremo ſi quis nomen debitoris ſui a ſe legatum exegerit; ſed & hoc ita, niſi probetur, non hoc animo fuiſſe, quaſi voluerit extinguere (*ſ*) legatum.

Ut id, quod ſemel deberi cœpit, deſinat poſtea deberi, efficit, aut eadem voluntas teſtatoris, aut culpa legatarii. Voluntas in legatis annuis, & ſimilibus ad certam diem, aut conditionem relictis; nam quamvis hujuſmodi legata & ſtatim debeantur, & peti poſſint, nec poſtea ipſo jure deberi deſinant, poſt diem tamen, aut conditionem exiſtentem inutiliter petuntur, propoſita hæredi (*t*) doli mali exceptione. Ex eadem voluntate repetitio eſt legati ſub (*u*) modo relicti, ſi legatarius modo non paruerit, ſed nec ante admittitur ad legatum, quam ſi (*x*) caverit, ſe modo ſecundum voluntatem defuncti pariturum. Culpa legatarii, ſi ſe judicio defuncti indignum præbuerit, quod accidit ex his factis: ſi teſtamentum ejus oppugnavit, aut ipſe falſi accuſando, aut accuſatoris intentionem quoquo modo juvando, aut inofficioſum dicendo, aut cum judex eſſet, falſum pronuntiando; ex quibus cauſis legatum fiſco vindicatur. Item ſi teſtamentum celavit, quod poſtea emerſerit; ſi cum tutor datus eſſet, excuſavit ſe a tutela; ex hac cauſa legatum pupillo aſſignatur, ex illa apud hæredem remanet (*y*).

CA-

(*f*) Aut ab initio non conſiſtant. *l.* 17. *de irri. rup. l.* 1. *de rupt. l.* 1. *de poſt. hær. l.* 8. §. *ult. cont. tab. l.* 44. C. *de fideicom. l.* 181. *de reg. jur.*

(*g*) Cujus fit mentio ſup. *cap.* 35. *in fin.*

(*h*) *l.* 3. §. *ult.* & *l. ſeq. ff. hoc tit. de adim. leg.*

(*i*) Nuda ſcilicet voluntate. *d. l.* 3. §. *ult. l.* 18. *ff. de leg.* 3. quamvis ea ad infirmandum teſtamentum non valeat. §. *pen. Inſt. quib. mod. teſt. inf.* cujus rei ratio in *l.* 35. *de reg. jur.*

(*k*) De quibus eſt *in Inſt. hoc tit.* & *l.* 6. *ff. eod.*

(*l*) *dict. l.* 3. §. *ult. l.* 22. *eod. l.* 9. *in pr.* & §. 1. *de his, quæ ut ind.* add. Menoch. 3. *præſ.* 37. *num.* 26. & *ſeq.*

(*m*) Niſi aliud ſenſiſſe teſtatorem fuerit adprobatum. *l.* 65. §. *ult. de leg.* 1. *l.* 88. §. 2. *de leg.* 3. Secus eſt, ſi refecerit tantum. Ratio eſt in *l.* 76. *de judic.* ubi vid. quæ notat Gothof.

(*n*) *dict. l.* 88. *pr.* §. 1. & *ult. l.* 44. §. 2. *de leg.* 1. Ratio in *l.* 78. §. 4. *de leg.* 3. aliud eſt, ſi areæ legatæ domus impoſita ſit; tunc enim & ſuperficiem deberi placet. *dict. l.* 44. §. 4. *l.* 39. *de legat.* 2. utpote quæ areæ acceſſionis jure cedit. *l.* 98. §. *ultim. de ſolut.* Nec obſtat *l.* 79. §. *pen. de leg.* 3. Vid. Duar. ad *l.* 8. *de leg.* 1.

(*o*) §. 12. *Inſt. de leg. l.* 11. §. *ſi rem. de leg.* 3. Nec tantum rei principalis legatum extinguitur, ſed una etiam acceſſiones. *l.* 1. & 2. *de pec. leg.* alioqui ex pluribus rebus æque principaliter legatis una alienata ceterarum legatum adhuc durat. *l.* 3. & 4. *d. tit. l.* 72. & *ſeq. de leg.* 1. §. 17. *Inſt. de leg.*

(*p*) Nam in neceſſitatibus nemo liberalis exiſtit. *l.* 18. *ff. hoc tit.*

(*q*) Aut pignori dedit. *d.* §. 17. *l.* 3. C. *de leg.*

(*r*) *d. l.* 11. §. *ſi. rem.* 12. *l.* 16. *hoc tit.*

(*ſ*) *d. l.* 11. §. 13. ubi & quibus conjecturis id aſſequamur, oſtenditur.

(*t*) *l.* 55. *de leg.* 2. *l.* 44. *de obl.* & *act.* junct. *l.* 3. *de dol. exc.*

(*u*) Quod tamen purum eſt, & peti poteſt etiam antequam legatarius modum implevit. *l.* 48. *de fid. hær.* nam quod dicitur in *l.* 1. C. *de his, quæ ſub mod.* modum pro conditione obſervari, non ad petitionem, ſed ad exitum legati referendum eſt.

(*x*) *d. l.* 48. nec ſufficit nuda cautio, ſed ſatisdatio exigitur. *l.* 40. §. *ult. de cond.* & *demonſtr.* add. Chiflet. 2. *de jur. fid. c.* 22.

(*y*) Quæ omnia lucide intelligi poterunt ex *ſeqq. loc. l.* 5. §. 1. & 2. *l.* 6. 8. 10. & *ſeqq. de his. quæ ut in d. l.* 22 *de inoff. l.* 8. & *pen.* C. *de leg.* Sunt & aliæ cauſæ apud VVeſemb. in *parat. de his, quæ ut ind.*

CAPUT LVI.

De agnoscendo, aut repudiando legato.

COgnitio eorum, quæ ad constitutionem, & delationem legati valent, viam nobis ad acquisitionem, quam quærimus aperuit. Transeamus nunc ad alteram partem, quæ hanc acquisitionem perficiat. Ea est legati delati susceptio, sive agnitio. De qua parte triplex est quæstio, quando legatum agnosci possit; quatenus: quis agnitionis effectus. Agnosci legatum utiliter potest, cum in ea causa est, ut acquiri possit; posse autem intelligitur, cum & delatum est jure, nec postea repudiatum. Si pure relictum est, & voluntas valuit, delatum intelligitur jam inde ab † adita hæreditate. Si in diem, aut sub conditione, ubi dies venerit, aut conditio (z) extiterit. Si unum est legatum, aut totum agnoscendum est, aut a toto (a) abstinendum; sin plura, uno repudiato, alterum amplecti nemo (b) prohibetur, nisi unum ex iis (c) onus habeat, quod repellatur. Effectus agnitionis est, ut si quidem res certa legata est, quæ (d) testatoris fuerit, ejus rei (e) dominium recta via ab eo, cui legavit certo, & perfecte ad legatarium (f) transeat, nunquam factum hæredis. In † ceteris rebus legatis prodita est una in personam actio nata ex obligatione.

Quæ in agnoscendo legato sunt leges, eædem sunt & in repudiando; ut is demum repudiare possit, qui & (g) acquirere potest. Effectus repudiationis hic, ut si rem nobis legatam constituerimus nolle ad nos pertinere, pro eo habeatur, quasi nec legata sit, retroque videatur fuisse (h) hæredis. Porro quod semel quis, cum posset, repudiavit, id postea mutata voluntate agnoscendo acquirere non potest (i).

CAPUT LVII.

De executione, & præstatione legati.

EXposita sunt nobis ea omnia, quæ ad rationem acquirendi legati pertinent; nunc ad alterum tractationis propositæ membrum disputationem conferamus, quæramusque quibus rebus legati jure quæsiti executio, præstatioque contineatur. De quo duæ in summa occurrunt quæstiones: quid legatum in se habeat: tum quæ remedia ad id persequendum, retinendumve jure prodita. Prima pertinet ad rem legatam, ut quæratur, tum quid sit in legato, & quantum, tum ad legati circumstantias, cui, a quo, quando, & ubi præstandum.

In legato id omne esse intelligitur, quod testator præstari voluit, eoque non res legata tantum, sed & jus, quod in hac ipsa voluit transferri. Sed neque illud, neque hoc semper certum. Rerum legatarum incertitudo nascitur tum ex verbis, tum ex mente, & voluntate testatoris. Ex verbis, cum res designatæ verbis universim legantur, nonnunquam etiam cum singulæ: universim, cum aut pars (k) hæreditatis, aut bonorum legatur. Si cui pars hæreditatis legata est, quia hæreditatis nomine commoda, & incommoda continentur, placuit neque pretia manumissorum, neque funeris impensam (l) deduci. Contra parte bonorum ita legata bonorum meorum, quæ sunt, cum moriar dos, & manumissorum pretia deducenda sunt; cum bona

† Atqui dies legati pure, [illegible] in diem relicti a morte testatoris cedit. *l. un.* §. 1. C. *de cad. toll.* ergo & exinde defertur. Ita arg. Bachov. contra Treutl. ad *th.* 2. *de leg.* sed fallitur; nam a cessione ad delationem nihil recte inferri constat ex *l.* 45. §. *idem*, *l.* 2. sicut nec vice versa *arg. l.* 51. *de V. S.*

(z) Hæc, & superiora sunt in *l.* 32. 45. §. 1. *l.* 80. *de leg.* 2. *l.* 44. §. 1. *l.* 86. §. 2. de *leg.* 1. *l.* 7. §. 5. *de dol.* ubi Cujac. *l.* 4. C. *de rep. hær.*

(a) *l.* 4. *de leg.* 2. *l.* 38. *pr. de leg.* 1. quod tamen ad hæredes legatarii non pertinet. *dict. l.* 38. quippe quorum singuli in partem tantum succedunt. *l.* 6. C. *fam. ercisc.*

(b) *l.* 5. *de leg.* 2. ubi enim diversæ res sunt, potest esse causa legatario, cur unam admittat, alteram repudiet; in una re non item.

(c) *d. l.* 5. §. 1. quod ex conjectura voluntatis ducitur, quasi testator commodum unius cum alterius onere pensare voluerit.

(d) Nemo enim plus juris transferre potest, quam habuit *l.* 54. *de R. J.*

(e) Quamvis enim potestate juris jam a principio etiam ignoranti quæsitum intelligatur, idque suas utilitates, tum in transmittendo. *l.* 5. pr. & §. 1. *quand. d. l.* tum in aliis rebus habeat, aut in specie. *l.* 19. *l.* 1. *quemadmodum serv. am.* tamen id eo maxime pertinet, ut exinde ejus factum esse dici possit, cum agnoverit. *d. l.* 86. §. 2. *l.* 44. §. *de leg.* 1. *d. l.* 7. §. 5. *de dol.* nam si jam ante quæsitum esset, nec repudiare quidem liceret. *l.* 4. C. *de repud. hæred.* & repudians alienare intelligeretur, quod secus est. *l.* 6. §. 4. *quæ in fraud. credi.*

(f) Jam inde ab adita hæreditate. *d. l.* 88. §. 2. *l.* 80. *de leg.* 2. In eamdem fere sententiam hæc explicat Grass. §. *legat.* q. 70. *num.* 1. alii rationi juris minus convenienter.

† Aliens, genere, quantitate, pluribus rebus disjunctim; de actionibus dicetur ad extremum *c.* 63. vid. Gom. 1. *res.* 12. *n.* L.

(g) *d. l.* 45. §. 1. *de leg.* 2. *arg. l.* 4. 18. *de acquir. hær. l.* 3. *de R. J.*

(h) *d. l.* 44. §. 1. *d. l.* 86. §. 2. *l.* 38. *de leg.* 1. Plane si in rem repudiatam substitutus, aut conjunctus datus sit, ea substituto, aut conjuncto, qui suam partem agnovit, defertur. *l. un.* §. 3. & 7. C. *de cad. toll.*

(i) *l.* 4. C. *de rep. hær.* facit *l. nemo*, 75. *de R. J.*

(k) *l.* 22. §. *ult. ad Trebell. leg.* 23. *de leg.* 1. Legatum hoc partitionis esse existimat Turam. deque ejus natura prolixe tractat *de exeq. leg. cap.* 2. *n.* 4. & *seq.* add. Cont. 2. *sub c.* 12.

(l) *l.* 8. §. *ult. de leg.* 2. Æri autem alieno soli obnoxii sunt hæredes. *l.* 2. C. *de heredit. act.* legatarius autem partiarius hæres non est, inde & si rogatus fuerit portionem suam restituere, quartam ex S. C. non retinet. *d. l.* 22. §. *ult.*

na cujusque non intelligantur, nisi quæ deducto ære alieno (*m*) supersunt. Illud ex conjectura voluntatis placuit, ut in hoc legato electio detur hæredi, utrum rerum partes, an æstimationem præstare malit. Utique tamen in his rebus, quæ vel naturaliter indivisæ sunt, vel sine damno dividi non possunt, æstimatio omnimodo (*n*) præstanda. Ex singulis rebus legatis eadem sæpe incertitudo. Ex incorporalibus usufructu, servitute, nomine, liberatione legata. Ex corporalibus, pluribus rebus nomine collectivo, aut communi legatis; ut cum dos uxori legatur; cum vinum, triticum, oleum, instrumentum, peculium, penus, supellex, aurum, argentum, alimenta, cibaria leguntur, quorum omnium explicationem ex suis locis, quibus in (*o*) Pandectis tractata sunt, petere licebit.

Voluntas testatoris incertitudinem parit trium harum causarum in aliqua; vel quia res generaliter legata est, vel quia plures disjunctim, vel quia una ex pluribus. Genere legato, ex verbis intelligi non potest, quæ res ex eo genere legato contineatur. Hic igitur voluntatis oritur quæstio, utri electio data sit, hæredi ne, an legatario. Hic si plenius, ut (*p*) receptum est, defuncti voluntatem interpretabimur, electionem (*p*) legatario dabimus; nisi appareat, aliud voluisse testatorem; quæ definitio ita temperanda est, ut nec optimum, nec pessimum (*r*) accipiatur. At enim vero ita demum electio legatario competit, si quas res testator ex eo genere habuit; si nullas habuit (*ſ*), hæredis arbitrio potius res permittenda, ne si legatario detur, nimia redemptionis difficultate oneretur hæres. Sciendum porro, genere legato, interdum legatum non valere, non quia incertum, sed quia inutile. Qua in re (*t*) distinctionem hanc servabimus. Cum corpora, ex quibus quid legatur generaliter, sunt uniusmodi, eademque forma, & natura constant, utiliter leguntur, ut homo, bos, equus. Sin corpora sint diversorum generum, forma, natura, & manifesta utilitate distantium, hujusmodi legatum derisorium magis est, quam utile; ut si simpliciter legetur animal, si fundus, si (*u*) domus. Sane si testator domos, vel fundos habuit, existimabitur unam, vel unum ex iis legasse, (*x*) quam, vel quem legatarius elegerit.

Eadem incertitudo est & in rebus disjunctim legatis. Et hic quoque placuit, si species plures isto modo legatæ sint, electionem esse (*y*) legatarii, nisi alia testatoris voluntas appareat; nam si ita dixerit: decem, aut viginti hæres dato; aut post annum, aut biennium, quam decessero, dato; aut si fundum, aut centum leget; apparet testatorem in pluribus summis hæredi potestatem facere minimam eligendi; in specie, aut summa legata, rem certa quantitate æstimasse, quam liceret pro re (*z*) præstare. Eadem voluntatis interpretatio est in incertitudine unius rei ex pluribus legatæ, si nominatim dicat testator, se unam ex illis legare; ut, exempli gratia, ex duobus meis fundis unum do †, lego. Quod si cum duos fundos haberet ejusdem nominis, Cornelianum simpliciter legaverit, placet, quia rem certam animo designavit, nullam hic esse legatarii (*a*) electionem.

In incertitudine juris, quod in re legata testator transferri voluit, hæc voluntatis conjectura admissa est; si generaliter res legata est, eam oportet (*b*) perfecte facere accipientis, ut ne avocari possit. Sin certa species lega-

---

(*m*) *l. 9. de leg.* 1. junct. *l. 39.* §. 1. *de V. S.*

(*n*) *l. 26.* §. *ult. de leg.* 1. Hoc posito consequens est, ut hoc legatum sine fructibus restituatur, nisi mora intercesserit hæredis. *l. 23. d. tit.*

(*o*) *lib. 33. & 34. usque ad tit. de adim. leg.* item *lib. 31. a l. 44. usque ad l. re conjuncti*, 89. Quæ obscuriora sunt, præsertim in vocabulis, citatis auctoribus explicat fere Gothofr. res, & sententias Mant. *de conject. ult. vol. lib. 9. t. 2. & mult. seqq.*

(*p*) *l. 12. de reg. jur.* ubi vid. quæ de pleniore interpretatione eleganter disputat doctissimus Pet. Fab. In contractibus ista interpretatio recepta non est; ac proinde in his electionem tribuimus debitori. §. 23. *vers. huic autem. Inst. de act.* juxta *reg. l. 37. de obl. & act. l. 125. de reg. jur.*

(*q*) §. 22. *Inst. de leg.* Ei videlicet, cui potestas est, qua actione uti velit, ut ait Afric. in *l.* 108. §. 2. *de leg.* 1. Ex quo loco satis apparet, distinctionem olim fuisse inter legatum vindicationis, & damnationis, cujus vestigia adhuc extant in Pand. Cujac. 5. *ad Afric. ad l.* 108. §. 2. Duar. ad *l. 5. de leg.* 1.

(*r*) *l. 37. d. tit.* Unde liquet electionem hanc, quam legatario retribuimus, veterum interpretatione coangustatam, ne si infinita esset, aut nimis libera, hæres nimium oneretur.

(*ſ*) *l. 3. de tritic. vin. leg. arg. l. 67.* §. 8. *de leg.* 2. & *d. l.* 108. §. 2.

(*t*) Quam suggerit collatio horum locorum. *l. 37. l. 84.* §. 3. *d. l.* 108. §. 2. *de leg.* 1. junct. *l. 71. in princ. eod. tit.*

(*u*) Domus, & fundus non natura constant, sed nostra destinatione. *l. 24.* §. *pen. d. tit.* quare his legatis obstat generis infinitas. Eodem fere modo hæc explicat Schneid. ad *d.* §. 22.

(*x*) *d. l. 71. in pr.* ubi recte legitur in *Pand. Flor. quam vellet*, numero singulari.

(*y*) *l. 19. de leg.* 2. Eadem nimirum ratione, quia plenius voluntates testantium interpretamur. *l. 12. de R. J.* nam in contractibus etiam hic promissoris electio est. §. 33. *versic. huic autem, Inst. de act.* Si quid ambigui fuerit in una ex pluribus rebus legatis, interpretatio dubiæ voluntatis ex alterius rei æstimatione sumitur, quasi de ea sensisset, quæ a pretio alterius minus distaret. *l. 1. ff. de reb. dub.* ubi Bart. & Don. Ratio conjecturæ ex natura alternationis ducitur, de qua Everhard. in *locis l.* 108.

(*z*) *l. 109.* §. 1. *de leg.* 1. *l. 43.* §. *ult. de leg.* 2.

† Hic legatarii electionem esse aperte responsum est a Papin. *l. 20. de leg.* 1.

(*a*) Ceterum ne legatum intercidat, hæredis potestati rem permitti. *l. 32.* §. 4. *l. 39.* §. 6. *eodem tit.*

(*b*) *l. 45.* §. 1. *de leg.* 1. *l. 29.* §. *pen. de leg.* 3.

legata sit, quæ testatoris fuit, sufficit, talem dare (*c*), qualis est, si aliena est, hæres eam redimere debet, & (*d*) præstare; si id non potest, æstimationem ejus dare, utique si a non ignorante legata est. Res pignori obligata quodammodo (*e*) aliena est; ideoque & hæc ab hærede luenda, si sciens testator pignori obligatam (*f*) legavit; sin minus, legatarius ipse eam luere debet, nisi & hic aliud voluntas suadeat testatoris. Quid enim si conjunctæ personæ legavit, cui etiam si scisset, aliud, quod non minus esset, legaturus (*g*) fuisset? Quid si aliquid superfluum sit æris alieni soluto rei pretio? Ratio suadet, ut quod excedit rei æstimationem id hæres exsolvat †.

CAPUT LVIII.

Quantum sit in legato, & de jure accrescendi in legatis.

INcidit interdum, ut citra apertam voluntatem defuncti plenius fiat legatum, quam ab initio relictum est; interdum, ut minus. De quo nunc idcirco cognoscendi locus, ut alterum illud, quantum sit in legato intelligatur. Plenius fit legatum, cum rei legatæ vivo testatore quid extrinsecus (*h*) accedit, sive per alluvionem quid fundo legato adjectum sit, sive ipse testator eum ampliorem fecerit, sive areæ legatæ domum imposuerit. Minus, si quid contra rei legatæ decesserit; ut si partem testator (*i*) alienaverit, aut si flumen agri legati partem occuparit. Sed & minuitur legatum tum ex legatariorum numero, tum ex quantitate legatorum. Ex numero legatariorum, si pluribus eadem res legata sit, sive conjunctim, sive disjunctim; quibus hac conditione solidum relictum intelligitur, si non (*k*) concurrant; nam si omnes suam partem agnoscant, scinditur inter eos legatum; si unus quoquo (*l*) modo defecerit, portio ejus ad legatarios, qui partem suam agnoverunt, pro æquis partibus jure accrescendi, aut non (*m*) decrescendi pertinet. Enimvero ut conjuncti in partibus faciendis unius (*n*) personæ potestate funguntur, ita in portione deficientis potiores habentur. Quæ omnia fere cum jure accrescendi, quod in hæreditate observatur, communia sunt, & a nobis (*o*) supra accuratius exposita. Duo hæc ab eo jure discrepantia, quod deficientis hæredis portionem cohæres etiam invitus, & cum onere semper accipiat, collegatarius ut plurimum nec invitus, nec semper cum onere. In quo hæc distinctio probata est, ut si quidem conjunctim eadem res duobus legata est, portio deficiens volenti tantum, sed cum onere accrescat; si separatim, invito quidem, sed sine onere (*p*).

CAPUT LIX.

De lege Falcidia.

EX quantitate legatorum minuuntur legata, cum dodrantem hæreditatis excedunt. Id effectum est lege (*q*) Falcidia, lata cum hæredis, tum testatoris gratia; illius quidem, ne gratis onera hæreditaria subiret; hujus, ne destitueretur testamentum, nemine sine justo lucro hæreditatem adire (*r*) cupiente. Porro ad sententiam legis hæc tria examinanda; quale sit, quod lex vetat, & ad quos hæredes perti-

(*c*) *d. l.* 45. §. *ult. l.* 116. §. *ult. de leg.* 1. ut puta fundus legatus servitutem debet, cum servitute præstabitur, *l.* 69. §. *pen. d. l.* 116. §. *ult. eod.* Aliud exempl. in *l.* 44. §. *ult. de leg.* 1. Differentia ex non obscura voluntate testatoris.

(*d*) §. 4. *Instit. de leg.* Quid si testator rem communem quasi suam legaverit? pars tantum debebitur. *l.* 5. §. *ult. de leg.* 1. quia credibile est de sua tantum parte cogitasse.

(*e*) Unde obligatio pignoris pro specie alienationis habetur. *l. ult.* C. *de reb. alien. non alien.*

(*f*) §. 5. *Inst. d. t. l.* 57. *de leg.* 1. item si ususfructus alienus, hæres eum redimere debet, quia portionis instar obtinet. *l.* 66. §. *penult. l.* 76. §. 2. *de leg.* 2.

(*g*) Nimirum necesse habebit hæres eam luere. *d. l.* 57. *l.* 6. *Cod. de fid. l.* 10. C. *de l.* Repete item ea, quæ sup. tradita sunt. *c.* 53. *lit. p.* & *q.*

† *d. l.* 57. de cujus specie, & lectione vid. Ant. Fab. 11. conj. 10.

(*h*) *l.* 8. *l.* 24. §. 2. *de leg.* 1. *l.* 10. *de leg.* 2. *l.* 18. *de legat.* 3.

(*i*) *d. l.* 8. *pr.* Duar. *ibid.*

(*k*) Partes vero, si concurrant, aut certe conjunctis partes ab initio; at si non concurrant totum; disjunctis prima facie totum, partes hac conditione si concurrant. *l. un.* §. 10. & *seqq.* & C. *de cad. toll.* §. 8. *Inst. de leg.* His adjunge *l.* 33. & *l.* 85. *de leg.* 1. in quibus superioribus consequentia traduntur.

(*l*) Sive in ejus persona constiterit legatum, sive non. *d. l. un.* §. 3. & 11. *l.* 16. §. *pen.* & *ult. de leg.* 1. *l.* 7, *de reb. dub.* Obstat tamen *d. l.* 16. *princ. l.* 34. §. 9. *leg.* 84. §. 8. *de legat.* 1. Nonnulli inter legata vindicationis, & damnationis distinguunt ex Ulpian. *t.* 24. §. 12. cujus distinctionis nulla hodie habetur ratio.

(*m*) Inter disjunctos magis esse jus non decrescendi, quam accrescendi vult Duar. 1. *de jur. acc.* 11. quoniam altero concurrente, alteri pars detrahitur potius, quam non concurrente adjicitur. *d. l. un.* §. 11.

(*n*) *l.* 34. *princ. de leg.* 1. *d. l. un.* §. 10. *vers. sin vero*, C. *de cad. toll.*

(*o*) Cap. *de jur. accr.* 44.

(*p*) Distinctio diserte tradita in *d. l. unic.* §. 11. Nam tum si conjunctio ex persona deficientis portio deficiens deferatur, poterit eam non admittere, uti & deficiens potuit; ea autem admissa, etiam onus ei adjunctum subire debet. *arg. l.* 177. *de reg. jur.* utrumque contra in disjuncto, quia ex sua persona solidum ab initio habet. *l.* 4. *ff. de leg.* 2. *d.* §. 11. *vers. sin vero.*

(*q*) *l.* 1. *ff. ad l. Falc. Inst. in pr. eod.* enimvero etiam ante hanc legem libera illa legandi licentia, *l.* 12. *tab.* concessa. *l.* 120. *de V. S.* lege Furia, & Voconia modo legatis imposito coarctata fuit; sed cum neutra sufficiens videretur, propterea quod finem legandi nullum facerent (quod recte expl. Theop.) lata est l. Falc. quæ & modum legatis, & finem imposuit. *d. pr. Inst.*

(*r*) *d. pr. Inst.* junct. *l.* 71. *ff. eod.*

tineat; quando adversus id factum videatur, si factum erit, quæ pœna.

Vetat lex ita dari legari, ne minus, quam (*s*) quartam partem hæreditatis hæredes capiant. Et in uno (*t*) hærede instituto, aut pluribus quidem; sed cum legata simpliciter, aut ab omnibus relicta sunt, manifesta est legis sententia. In duobus vero, aut pluribus, si unius dumtaxat portio onerata sit, aut exhausta, potest videri legi satisfactum, si apud cohæredes pars quarta hæreditatis maneat illibata. Sed lex Falcidia & singulis hæredibus prospicere, & universis voluit; proinde & singulis licebit ejus partis, ex qua quisque institutus est, partem quartam, & cunctis simul patrimonii totius quadrantem (*u*) re inere. Ceterum quæ legata ex singulorum persona præstantur, in his ratio legis ex cujusque persona non semper habetur; nam si ex duobus hæredibus alter deficiat, a quo aut nihil, aut parum relictum erat, atque ita hujus portio, vel substitutionis, vel accretionis jure ad cohæredem, cujus portio onerata est, pervenerit, placet legatarios per deficientem portionem adjuvari; videlicet ut integra legata præstentur, quæ non præstarentur, si is, qui defecit, hæres extitisset. Quod si pars, quæ accessit, exhausta sit, aut onerata, ejus vero, cui accessit, integra, aut tantum delibata, tum perinde in deficientis portione ratio Falcidiæ ponitur, ac si ad eum, qui portionem suam omisit (*x*), pervenisset. Verum hæc distinctio locum habet in legatis uno, eodemque testamento relictis; ad ea legata, quæ pater primis tabulis ab impubere, secundis a substituto reliquit, non pertinet; siquidem vetus est juris regula, in tabulis patris, & filii unam Falcidiam servari (*y*).

An supra dodrantem legatum sit, sic facile constare poterit, si legatorum summam cum patrimonii quantitate comparabimus; proinde utriusque quantitas prius exquirenda. Legatorum quantitas, omnibus contributis, quæ in relictorum computationem veniunt, iisque, quanti omnibus valent, æstimatis, haud difficulter cognoscitur. Sciamus igitur venire in hanc contributionem non solum legata, & fideicommissa, sed & ea, quæ legatorum jure censentur; ut donationes tum (*z*) causa mortis, tum inter virum, & uxorem, quæ morte (*a*) confirmatæ sunt; item ea, quæ mortis causa (*b*) capiuntur, videlicet quæ hæres implendæ conditionis causa præstare (*c*) cogitur, ut hæres existat; ceterum quibus non erogatis nihilominus (*d*) hæres esse potuit, ea visum est non imputari. Neque tamen omnia legata in Falcidiam imputantur; nam si quidem inutile est legatum, cujs nomine hæres nihil erogare cogitur: absurdum sit id legatariis reputare; si utile, tamen ultra commodum, quod ex eo percipitur, imputari nihil debet. Pone, debitorem creditori suo quod debet legasse, quamvis placuit legatum valere, si quid amplius sit in legato, quam in debito, tamen in computationem Falcidiæ præter (*e*) commodum, quod ex legato capitur, nihil veniet. Pone in diem, aut sub conditione quid relictum esse, hic tanto minus computabitur, quanto intervallum temporis, & interusurium minorem facit quantitatem (*f*).

De æstimatione rerum, quæ in contributionem relictorum veniunt, sic in universum præcipitur: Pretia rerum non ex affectu, nec utilitate singulorum; sed (*g*) communiter fungi. Quid igitur si res commune pretium non reci-

---

(*s*) *d. l. 1. d. pr.* verba legis ex Ranconetto restituit Duar. 1. *disp.* 58.

(*t*) Sive semel ex toto asse, sive ex pluribus partibus, sive ex una pure, ex altera sub conditione, una legatis onerata, altera non item *d. l.* 1. §. 13. *l.* 11. §. 7. eod. Rationem pete ex *l.* 57. §. 1. *de acq. hær.*

(*u*) *l. 77. ff. ad l. Falc.* §. 1. *Inst. hoc. tit.* ex quibus locis temperandum quod traditur *Inst. eod. in fin. pr.*

(*x*) Extat hæc distinctio in *l.* 77. *ff. eodem*, eademque a contrario sensu colligi potest ex *l.* 4. C. *de fideic.* Variasse autem J. C. constat ex *l.* 1. §. 14. *hoc tit.* de cujus lectione Cujac. 4. *obs.* 35. At cedo rationem differentiæ: nimirum is, cujus portio onerata est, ut ex sua persona legata præstat, ita & ex sua persona tantum Falcidia utitur; qui vero suam portionem integram habet, ex persona deficientis, cujus proinde jure eum uti æquum est. *arg. l.* 20. *& l.* 177. *de reg. jur.* Indicatur hæc ratio non obscure in *l.* 87. § 13. *hoc tit.*

(*y*) *l.* 11. §. 5. *& pen. l.* 79. *eod.* quasi legata secundis tabulis relicta, primis sub conditione data videantur *dd ll.* Sed nec locum habere videtur superior distinctio, nisi si deficiens testatori supervixerit. *d. l.* 87. §. 4. si omiserit hæreditatem. *d. l.* 1. §. 13. si, dum deliberat, decesserit. *d. l.* 87. *in fin.* Nisi cum Cujac. in specie *d.* §. 4. legata repetita esse intelligamus 4. *obs.* 34. Vid. eumd. 15. *observ.* 14. & Ant. Fab. 4. *conj.* 13. *&* 18. *conjectur.* 14. *&* 15. qui nec distinctionem nostram per omnia admittit.

(*z*) *l. 66. §. ultim. ff. ad l. Falcid. l.* 5. *& penult.* C. *eodem.*

(*a*) *l.* 32. §. 1. *ff. de don. int. vir. & uxor. l.* 11. C. *hoc tit.*

(*b*) Quæ neque hæreditario, neque legati, aut fideicommissi, aut mortis causa donationis jure capiuntur, sed tamen quorum capiendorum occasionis mortem obvenit. *l.* 37. *ff. de mort.* C. *don.* Ut si quis institutus sit. V. D. si Titio decem dederit, & conditionis implendæ causa dederit. *l.* 38. *d. tit l* 8. *ff. si quis om. c. test.*

(*c*) Ut si sub tali conditione, qualem diximus institutus sit. *l. pen.* C. *hoc tit.*

(*d*) Quod accidit in hac specie: *heres si penum non dederit, decem dato*, in qua placuit decem quidem imputari, quia legata sunt, penum vero non æque, quia legata non est; hæredemque sibi imputare debere, quod penum, quam decem dare maluerit, cum aliqua tamen distinctione. *l.* 1. §. 8. ubi Govean. *hoc tit.*

(*e*) *d. l.* 1. §. 10. Alia exem. suppeditant *l.* 19. *l.* 30. § 1. *eod.* quibus non obstat species *l.* 40. §. 1. & *l.* 65. *eod.* namque pretium sua causa hæres capit; quod autem conditionis implendæ causa a legatario præstatur, non accipitur pro pretio. *d. l.* 30. §. 1. *&* 7. ita fere & Gov. ad *d. l.* 19.

(*f*) *l.* 66. *l.* 73. §. 4. *eod. tit.*

(*g*) *l.* 63. *eod.* Id est in constituendo rei pretio non privatam cujusque affectionem spectari, sed quanti revera, & omnibus valet. *l.* 33. *ad l. Aquil.*

recipiat., cujusmodi sunt legata annua, alimenta, usufructus? Et in annuorum legatorum æstimatione ineunda interest Reipubl. aut Civitati quid in annos singulos relictum sit, an (*h*) certæ alicui personæ. In illo placuit tantum videri legatum, quantum sufficiat sorti ad usuras (*i*) trientes ejus summæ, quæ legata est, colligendas. In hoc vero si quidem inter hæredem, & legatarium, cui quid quotannis præstandum, res agetur, quamdiu Falcidia nondum locum habet, integras pensiones annuas, solvi; sed etiam si annus venerit, quo fit, ut contra legem Falcidiam ultra dodrantem aliquid debeatur, eveniet, ut retro omnia legata singulorum annorum (*k*) imminuatur, ac proinde in his rebus præstandis hæc cautio erit, ut nonnisi interposita stipulatione præstentur, qua legatarii caveant, quod amplius, quam per legem Falcidiam licet, legatorum nomine cœperint, se reddituros. Quod si inter hæredem, & alios legatarios apud Judicem Falcidiæ ratio habeatur, vivo quidem ipso legatario tanti lis æstimari debet, quanti (*l*) venire id legatum potest.; mortuo eo, nihil aliud spectatur, quam quid hæres ex ea causa præstiterit. In alimentis, & usufructu computationi faciendæ hanc esse formam Macer scribit, ut a prima ætate usque ad annum 30. computatio annorum 30. fiat; ab annis vero 35. tot annorum, quot ad annum 60. deesse videntur (*m*).

In quantitate patrimonii ineunda, hæc exquiruntur; quid in patrimonio habendum; quanti id sit; tum ex quo tempore utrumque spectandum. Et cum in bonis cujusque id esse intelligatur, quod deducto ære alieno superest, nimirum in patrimonio defuncti non id omne numerandum erit, quod, cum moreretur, habuit; sed id solum, quod hæreditariis oneribus deductis superest: cujusmodi (*n*) onera sunt, præter æs alienum (*o*) hæreditarium, pretia servorum manumissorum, & funeris impensæ. Cetera, quæ bonorum (*p*) appellatione continentur, in patrimonii quantitate esse intelliguntur, si modo ejus naturæ sint, ut & ad hæredes certo mansuræ (*q*) transeant, & ex iis aliquid (*r*) commodi hæres percipere potuerit. Porro in his omnibus æstimandis, perinde ut in legatis, communis (*s*) æstimatio spectatur. Tempus in quantitate exquirenda (*t*) mortis spectari visum est. Accessio igitur, decessiove, quæ jacente hæreditate contigerit, legata neque auget, neque minuit; sed commodum omne, & incommodum hæreditatis ad hæredem (*u*) pertinet. Plane damna, quæ circa res legatas incidunt, non hæredi, sed legatariis (*x*) nocere debent, juxta perpetui juris tenorem (*y*).

CAPUT LX.

Legis Falcidiæ quæ pœna.

Collata hinc legatorum, illinc patrimonii quantitate, facile erit videre, num adversus legem factum sit, nec ne. Superest quæramus, si contra factum erit, quæ sit legis pœna. Est vero hæc, ut si supra dodrantem legatum erit, nihilominus quartam hæreditatis integram hæredes capiant cum imminutione legatorum. Hæc quarta quibus rebus constet, tum quibus ex rebus deduci, quaque via obtineri possit, similiter videndum. Quibus rebus constet, ex iis intelligi potest, quæ in eam imputantur. De quo hæc veterum definitio est: In quartam hæreditatis, quam per legem Falcidiam habere hæres debet, imputantur

(*h*) Illud perpetuum, quia Civitas non moritur. *l.* 6. *de al. leg.* hoc temporale *l.* 4. *eod. tit.*

(*i*) *l.* 3. §. *ult. hoc tit.* Finge 4. annua esse legata: videbuntur legata centum, nam usura triens est, cum pars centesima tertia, hoc est quater, in centenos penduntur. Quantum igitur de 100. detraheretur, si semel præstanda essent, tantum pro portione detraheretur de 4. singulis annis.

(*k*) *l.* 47. *pr. ff. eod.* De cautione a legatariis præstanda, est in *l.* 1. §. 16. *eod.*

(*l*) In incerto posito, quamdiu victurus sit. *l.* 55. *eod.*

(*m*) *l.* 68. *eod.* Quæ computatio pro commodo hæredis etiam in ceteris annuis legatis adhiberi poterit. *arg. l.* 8. *de an. leg.*

(*n*) §. *ult. Instit. l.* 39. *l.* 54. *ff. hoc tit.* junct. *l.* 39. §. 1. *de Verb. Signific. l.* 14. §. *ult. & l.* 16. *pr. ad S.C. Trebell.*

(*o*) Id etiam, quod defunctus hæredi debuit, deducitur. *l.* 15. §. 5. *l.* 87. §. 2. *ff. ad leg. Falcid. l.* 6. *C. eod.* Nisi hæres rogatus sit, ne creditum legatariis reputet. *l.* 12. *eod.* Tum enim debito fini quadrantis compensato, superfluum æris alieni dodranti tantum detrahetur. *d. l.* 15. §. 4. Exempl. esto. 400. sunt in bonis, hæredi debita 200. legata 300. hæres compensabit cum quadrante 100. reliqua 100. de dodrante detrahet.

(*p*) Dominium. *l.* 38. §. 1. *&* 2. *hoc tit.* Jura dominio proxima, ut emphyteuticarium, & superficiarium. *l.* 1. *si ag. vect. l.* 1. *de superf. l.* 73. §. *ult. & duabus ll. seqq. de rei vind. Act. l.* 52. *de acq. rer. dom. l.* 49. §. 1. *de V. S.* etiam pœnales. *l.* 32 *hoc tit.*

(*q*) Contra, si non transeant, ut actio injuriarum, ususfructus. *l.* 33. *eod.* aut ita transeant, ut non sint mansuræ. Exemp. in *l.* 11. §. 1. *&* 2. *l.* 38. *eod.*

(*r*) Alioqui secus; ut si nomen inane, quod tantum ex eventu hæreditatem auget. *l.* 22. §. *pen. l.* 56. §. 1. *eod.* Aut si debitum naturale nondum solutum. *l.* 1. §. 17. *l.* 21. *eod.* Aut debitum duobus reis non sociis, quod ex eventu itidem judicatur. *l.* 62. *eod.*

(*s*) *l.* 42. *d. l.* 62. §. 1. *& l. seq.*

(*t*) *l.* 73. *ff.* §. 2. *Inst. eodem.* In Trebellian. contra id tempus spectatur, quo fit restitutio, ut dictum est sup.

(*u*) *l.* 30. *d. l.* 73. *eod.* Plane qui fructus tempore mortis maturi postea percepti erunt. *l.* 9. *eod.* Plane qui ante diem fideicom. ex rebus per fideic. relictis percipiuntur, in quartam imputantur. *l.* 15. §. 6. *l.* 24. *eod.*

(*x*) Quod variis exemplis illustratur a Macian. *d. tit. leg.* 30.

(*y*) Quo debitor interitu speciei ante moram liberatur. *l.* 5. *si cert. pet. l.* 23. *de V. O.*

tur solum res, quas jure hæreditario (z) capit; extra Falcidiam est quidquid capit jure legati, aut fideicommissi; aut conditionis implendæ causa. Enimvero non est audiendus hæres, si desideret adversus eum uti beneficio Falcidiæ, a quo vice mutua quid ei præstandum, si id, quod percepturus est ex voluntate testatoris, suppleat, quod deducere (a) desiderat. Omnia ne igitur, quæ jure hæreditario hæres capit, in quartam imputabuntur? Omnia (b), si modo ea in bonis defuncti, cum moreretur, fuerunt. In fideicommisso hæreditatis restituendo paulo aliter hæc se habent, ut suo loco ostendimus (c)

Si igitur dodrantem testator excesserit, placet legata pro rata portione per legem (d) ipso jure minui. Hinc hæres, si possidet, quartam ex singulis rebus retinere; si non possidet (e), vindicare eam a quovis possessore potest. Si rem legatarius occupavit, hæres (f) interdicto. Quod legatorum consequi potest, ut res tota sibi restituatur. Aliter res transigitur, si legatum divisionem non recipiat; nam tum aut solida legata præstantur, hæredique hoc remedio (g) succurritur, ut æstimatione facta legati, denunciet legatario, ut partem æstimationis inferat; si non inferat, utatur adversus eum exceptione doli mali; aut de una re legata sumitur, quod præstetur pro alia, ita ut ejus, unde quarta sumitur, legatum (h) extinguatur. Interdum quædam legata ex eventu minuuntur, quod accidit, quoties pure quædam legata sunt, quæ dodrantem non excedunt, & alia sub conditione, qua existente, fiat, ut legi Falcidiæ sit locus (i).

Postremo sciendum est, beneficium legis Falcidiæ non esse perpetuum; sed id quibusdam casibus in totum ab initio denegari, nonnunquam, cum ab initio competeret, ex post facto amitti. Ut ab initio non competat, accidit aut ex privilegio testantis, si (k) miles legaverit, aut favore legati, ut jam olim in dote mulieri (l) relegata, hodie etiam in legato piis causis (m) quibuscumque relicto; aut ex voluntate testatoris, si (n) vetet hæredem Falcidia uti. Ex post facto amittitur aut in universum in omnibus rebus, aut in re una aliqua legata. In universum, si (o) inventarium hæres facere de more neglexerit. In re legata, si aut id egit hæres, ut fideicommissum intercidat, aut non (p) capienti rogatus est restituere, aut si sciens, vel errore juris totum legatum solvit (q).

CAPUT LXI.

Quibus, adversus quos, quando legati, fideive commissi persecutio detur.

Postquam tenemus, quid sit in legato, & quantum, de circumstantiis, quod requiritur, dispiciendum est, cui, a quo, quando, & ubi legatum præstandum. Personæ, quibus præstandum, vel principales sunt, vel eorum successores. Principales illi ipsi, quibus testator vel aperte legatum dedit, vel quorum interest datum esse, quibus prospectum tacite voluit: Puta, jussit quosdam ex hæredibus æs alienum solvere, nihil creditoribus, sed cohæredibus datum esse intelligimus: Jussit genero dotem dari; non gener, sed filia, cujus maxime interest, habebit (r) actionem. Vetuit rem alienari, & addit, ut in familia (s) maneret; familiæ, cui consultum voluit, fideicommissi persecutionem dabimus. Si Titio, aut Sejo, utri hæres vellet, legatum relictum est, si alteri non dederit (t), uterque perinde petere poterit, atque si ipsi soli relictum esset. De succes-

(z) *l.* 91. *hoc tit.* quod exempla *l.* 11. *pr. l.* 14. & 24. §. *ult. l.* 76. *item l.* 5. & *seq. eod.* declarabunt. Sane si ideo legatum hæredi datum, ut integra legata præstet, aut si a vivo testatore aliquid accepit, ne emolumentum legis consequeretur, hoc in quartam imputabitur. *l.* 75. *l.* 56. §. *ult. eod.*

(a) *l.* 22. *pr. l.* 30. §. 7. *eod.*

(b) Sive ab initio legata non sint, sive in hæreditate remanserint. *l.* 11. *l.* 50. & 2. *seq. l.* 76. *eod.*

(c) *Sup. c.* 49. promisi rationem differentiæ me explicaturum, sed quoniam res subtilior est, quam ut paucis verbis explicari possit, satius erit consulere Ant. Fab. 6. *conj.* 3. & 4. itemque Anurræum *exer. Just.* 9. *th.* 17. qui rationem insuper rationis non inargutam addit.

(d) *l.* 73. §. *ult. hoc tit.* ut auxilio prætoris hic non sit opus. *arg. l.* 16. *de min.*

(e) *l.* 26. *l.* 1. §. 11. *ff. l. pen.* C. *hoc tit.* Cujac. 8. *obs.* 2. putat hoc a Just. primum constitutum, sed fallitur. Vid. Ant. Fab. 4. *conj.* 1. & 6. *conj.* 2.

(f) *l.* 1. *ff. quod legat. d. l.* 26. *hoc tit.*

(g) *l.* 7. *l.* 80. §. *ult. eod.*

(h) *l.* 23. *l.* 49. §. *ult. eod.* ubi, & exemp. in usufructu legato nihil peculiare, quia divisionem recipit. *l.* 1. §. 9. *l.* 81. *eod.*

(i) *l.* 73. §. 2. *eod.* In quem eventum hæres sibi prospiciet cautione illa, de quo tit. est peculiaris *ff. si cui plus quam per leg. Falc. lic.*

(k) *l.* 12. C. *de test. mil. l.* 7. C. *hoc tit.*

(l) Suam enim rem recipere videtur. *l.* 81. *ff. hoc tit.*

(m) Nov. 131. *c.* 12. *auth. similiter*, C. *hoc tit.*

(n) Nov. 1. *c.* 2. & 3. *unde auth. sed cum testator*, C. *hoc tit.* Olim secus fuit. *l.* 15. §. *ult. hoc tit.*

(o) Vid. *c.* 40. *sup. in fin.*

(p) Utrumque hoc est in *l.* 59. *pr.* & §. 1. *eod.*

(q) *l.* 9. C. *eod.* Si tamen ex pluribus rebus legatis quasdam solverit, ex reliquis Falcidiam per doli excep. retinere potest, etiam pro his, quæ jam data sunt. *l.* 16. *eodem.*

(r) *l.* 69. §. 2. *de leg.* 1. *l.* 11. §. 22. *de legat.* 3. Plura exempla suppeditabat *l.* 49. §. 4. & *seq. de leg.* 1.

(s) *l.* 114. §. 14. *de leg.* 1. *l.* 38. §. 4. *l.* 93. *de leg.* 3. Sed multæ hic sunt, & variæ cautiones, quas singillatim persequi non est hujus instituti. Vid. Cujac. 15. *obs.* 1. 2. 5. 6. Gov. 2. *var. lect.* 15. Anton. Fab. 14. *conj.* 6. & 10. *seqq.* & *de err. pragm. dec.* 53. & 54. Illud expeditum; si simpliciter vetuit, nec addidit, quorum causa, hoc pro nudo precepto, & nullo haberi. *dict. l.* 114. §. 14.

(t) Quasi duo rei credendi constituti sunt, *l.* 16. & *seq. l.* 24. *de leg.* 1.

successoribus ita jus constitutum; si legatarii post † diem legati cedentem decesserint, hæredibus eorum persecutio datur, quod quale sit mox explicabitur.

Quidquid testamento relictum est, si id nominatim ab aliquo relictum non sit, hæredis (*u*) onus est; si plures sint, ad omnes pro portionibus (*x*) hæreditariis pertinet, nisi testator (*y*) nominatim ab uno præstari voluerit. Quod si hæredes nominatim enumerati dare quid damnati sunt, propius est, ut (*a*) viriles partes debeant. Ab institutis relicta a substitutis repetita (*b*) videntur; proinde, illis repudiantibus, hi tenebuntur, nisi evidens fuerit diversa voluntas. Quid enim, si aliam rem reliquis a substituto, quam ab instituto? Quid si certa causa sit, cur ab instituto relinquat, quæ in substituto (*c*) cesset? Quod juris est in substitutis, idem est in cohærede (*d*).

Hæc ita se habent, si sequentes hæredes judicio testatoris vocentur; secus est in (*e*) legitimis, nisi & ipsi, ut idem præstent (*f*) rogati sint, aut hæreditas scripto hæredi ex (*g*) causa præteritionis, aut exhæredationis evicta sit. Si hæredi, a quo quid relictum est, hæreditas tamquam indigno aufertur, & fisco vindicatur, adversus fiscum legatorum persecutio competit (*h*).

De tempore præstationis quærenti hæc tripartita divisio commonstrabit viam: omne legatum (*i*) aut purum est, aut sub conditione. Purum est, quod vacat omni adjectione, quæ præstationem differat. In diem: quod adjecto (*k*) certo die, quo præstetur, relictum est. Sub conditione, cum in futurum eventum legatum suspenditur. Si purum est legatum (*l*), præsens est, hoc est, statim debetur, & peti potest, ut fit in omnibus hujus generis obligationibus, sed in legatis hoc sic accipiendum est, dum adita sit hæreditas; hic enim omnium eorum, quæ testamentis adscribuntur, vis omnis, & obligatio (*m*) pendet. Quod in diem relictum est, quamvis ex die aditæ hæreditatis debeatur; ideoque etiam ante diem solvi possit, peti tamen ante, quam dies venerit, non (*n*) potest. Illud huic legato cum superiori commune, quod utriusque dies statim cedit a morte testatoris: unde fit, ut si mortuo testatore, ante aditam hæreditatem, aut diem decesserint hujus generis legatarii, ad hæredes eorum legatum (*o*) transmittatur. Conditionale legatum pendente conditione omnino non debetur; ideoque nec solvi ante conditionem potest, nec decedente interim legatario quidquam ad hæredem transfertur: cum conditionalis legati dies non (*p*) prius cedat, quam conditio extiterit. Hisce cognitis, quando unumquodque præstandum sit, facile intelligi potest. Quod enim pure relictum est, ex tempore aditæ hæreditatis præstandum. Quod in diem, aut sub conditione, cum aut dies venit, aut conditio extitit.

Sed utrumque hoc legatum uberioris est explicationis. Primum quod attinet ad legatum in diem, cum is dies certus sit, ignotari non potest, utrum is, & quando venerit; illud dubium esse potest, utrum insit, nec ne. Sciendum igitur est, diem, aut verbis testatoris aperte adjici: aut legato tacite inesse. Ut insit, fiat natura relicti, aut tacita voluntate testatoris. Natura relicti, cum aut opus aliquod hæres ædificare jussus est, aut (*q*) locus legato præstando præfinitus. Ex conjectura voluntatis, cum primo legatario, cui in diem quid relictum est, alius sine expressione diei (*r*) substituitur.

De

† Hotom. 4. *obs.* 9. dupliciter diem cedere ait, quoad transmissionem in legatis pure, aut in diem certam relictis, hodie a morte testatoris, sicut & olim ante leg. Jul. caducariam, *l. un.* §. 1. C. *de cad. toll.* in conditionalibus existente conditione. *d. l. un.* §. 7. Quoad obligationem adita demum hæreditate, cum ante nemo sit, unde peti possit. *l.* 7. & 13. *quand. d. l.* hæc prævia inspectio esto.

(*u*) *l. ult.* C. *de hær. act. definitionis legati.* §. 1. *Inst. de leg.*

(*x*) *l.* 33. *de leg.* 2. *l.* 2. C. *de hær. act.*

(*y*) *l.* 98. *de leg.* 3. Utique si non ignorabat plures sibi esse hæredes. *l.* 40. *d. tit.* alius pro parte relevabitur. *l.* 77. §. 29. *de leg.* 2. Illud omnimodo tenendum, pro his, qui solvendo non sunt, non onerari cohæredes. *d. l.* 33.

(*a*) *l.* 124. *de leg.* 1. nec obstat *l.* 27. *de duob. reis.* Vid. Greg. Lopez *animad.* 29.

(*b*) *l.* 74. *de leg.* 1. *l.* 4. *Cod. ad Trebellian.* Modo in persona instituti constiterint. *l.* 14. ff. *de jur. cod.* conjectura voluntatis non obscura; cum vel magis a substituto præstari voluisse credendus sit, quem minus dilexit. Alia ratio est conditionis institutioni adjectæ. *l.* 73. *de hær. Instit.*

(*c*) Aut quid si ex parte substituit fideicommissarium, cui ab instituto reliquerat fideicommissum? *d. l.* 74.

(*d*) *l.* 61. §. 1. *de leg. l. un.* §. 10. C. *de caduc. toll.* Dissensisse videtur Cels. *l.* 29. §. *ult. de leg.* 2. sicut & Julian. *d. l.* 61. est in specie *l.* 4. ff. *de leg.* 3.

(*e*) Quibus aut irrito facto testamento hæreditas ab intestato defertur. *l.* 81. *de leg.* 2. aut si proximo, a quo quid relictum erat, repudiante, ad sequentem gradum hæreditas devoluta sit. *l.* 1. §. *penul. de legat.* 3. Diss. tamen Ant. Fab. 4. *conj.* 15.

(*f*) *d. l.* 81. *l.* 29. C. *de fid.* Nominatim, aut generaliter: quisquis mihi hæres erit. *l.* 14. C. *d. tit.*

(*g*) *Auth. ex causa*, C. *de lib. præt.*

(*h*) *l.* 50. §. 2. *de leg.* 1. Quippe fiscus ex persona indigni, qui hæres esse non desinit, hæreditatem obtinet. *l.* 43. §. *ult. de vulg.*

(*i*) *l.* 5. *quand. d. leg.* Eadem distinctio & in stipulationibus tradita. §. 2. *Inst. de verb. obl.*

(*k*) Nam dies incertus conditionem in testamento facit. *l.* 75. *de cond. & dem.*

(*l*) *l.* 1. *dict. tit. l.* 14. *de reg. jur. dict.* §. 2. *Instit. de Verb. Obl.*

(*m*) *l.* 32. *de leg.* 2. *l.* 14. C. *de fideic.*

(*n*) *d. leg.* 5. *d. leg.* 1. *leg. unic.* §. 1. C. *de caduc. toll.*

(*o*) *d. l.* 5. *d. l. un.* §. 1. add. *l.* 213. *de V. S.*

(*p*) *dd. ll.* Illud huic legato cum legato in diem commune, quod ante conditionem existentem, nec agnoscendo acquiritur, nec amittitur repudiando. *l.* 45. §. 1. *de leg.* 2.

(*q*) *l.* 73. *de V. O.* §. 5. *Inst. eod.*

(*r*) Quasi quod tempus primo deerat ad legatum consequendum, id in substituto repetitum videatur. *l.* 36. §. *ult. de cond.*

De conditionali legato quatuor sunt quæstiones; an legato insit conditio; an ea, quæ jure pro conditione haberi debeat; si debet, an impleta sit; non impleta, quando jure pro impleta habeatur. Inest legato conditio vel extrinsecus, vel a testatore adjicitur. Extrinsecus inest partim potestate juris, partim natura rei legatæ; potestate juris hæc, si hæreditas (*ſ*) adita fuerit; natura rei, cum res, quæ in rerum natura nondum est, legatur; ut fructus, qui in illo fundo (*t*) nascentur. A testatore adjecta conditio intelligitur, sive verbis adscripta sit, sive ex voluntate insit. Adscribitur; aut formula (*u*) conditionis expressa: si illud factum erit, aut non erit; aut adjecto eo, quod pro conditione habetur; hujusmodi duo (*x*) dies incertus, & demonstratio ex futuro sumpta. Dies incertus duobus modis dicitur: uno, cum incertum est, an venturus sit, certum tamen quando, ut, cum pubes erit; altero modo, cum venturum esse certum est; incertum autem quando; ut hæres meus, cum morietur, dato. Utriusque (*y*) adjectio conditionem, in † testamento fecit, nisi appareat aliud sensisse †† testatorem. Pro conditione quoque est demonstratio ex futuro sumpta, ut si quis ita leget: Stichum, qui meus erit, cum moriar (*z*).

Ex sententia, & voluntate testatoris trifariam inesse conditio potest; aut enim ex affectu solo testatoris inesse existimatur, ut in hac specie, cum pater filium rogasset, ut hæreditatem post mortem alteri restitueret, conjectura pietatis (*a*) responsum est, relicto inesse conditionem, si sine liberis; aut posterioris legati conditio priori injecta intelligitur; aut (*b*) contra prioris in posteriore repetita; quæ conditionis repetitio recepta tum in legati translatione, si non conditio (*c*) personæ cohæreat, tum in omnibus, quibus cum quid relictum esset sub conditione primo, post deinde verbis pure legatur (*d*).

Conditionum, quæ jure pro conditionibus non habentur, duo genera; unum earum, quæ tacite insunt; alterum, quæ testamento adjectæ pro nullis habentur. De iis, quæ tacite insunt, hæc est definitio: conditiones extrinsecus, non ex testamento venientes, idest, quæ tacite inesse videntur, non faciunt legata (*e*) conditionalia. Et hoc perpetuum est, si quidem non exprimantur; expressæ autem totiens mutant rei effectum, quotiens id, quod exprimitur, aliam vim habet, quam haberet, si expressum non (*f*) esset. Sed nec omnes conditiones, quæ a testatore veniunt, legata reddunt conditionalia; quædam enim ex his jure improbatæ pro non adjectis habentur: cujus generis est impossibilis, cui natura impedimento est, quominus existat; item quæcumque juri, bonis moribus, & honestati sunt (*g*) contrariæ. His remotis, reliquæ omnes

(*ſ*) *l.* 7. *quand. d. l.* 32. *de leg.* 2.

(*t*) *l.* 1. §. 1. *de cond. & dem.* pendet enim harum rerum eventus ex futuro.

(*u*) De formulis, quibus veteres in conditionibus utuntur, acute diss. Rob. 3. *sen.* 5.

(*x*) *l.* 1. §. 2. *l.* 75. *de cond. & dem.*

(*y*) De priore nulla dubitatio propter incertum eventum. *l.* 21. *& seq. quand. d. leg.* De posteriore dubitari potuit, quia certum est venturum esse, sed placuit etiam hunc pro conditione esse, quia potest vivo legatario non venire. *d. l.* 1. §. 1. ac proinde non idem est, si quid Titio legatur, cum ipse morietur. *leg.* 78. *eod.* Quibus autem verbis deferatur, nihil interest, cum, ubi, postquam, quandocumque, aut duobus ablativis absolute positis. *l.* 45. §. *ult. de leg.* 1. *l.* 25. *de cond. l.* 104. §. *pen. de leg.* 1. *l.* 109. *de cond.*

† In contractibus dies incertus, quem tamen venturum esse certum est, conditionem non facit. *l.* 9. §. 1. *de novat.* Nimirum, quia nihil interest, vivo creditore, aut eo mortuo existat. §. 4. *Inst. de V. O.*

††. *l.* 69. *de l.* 3. species est in *l.* 5. *Cod. quand. d. leg. l.* 85 *de cond.*

(*z*) *l.* 6. *de leg.* 1. *l.* 85. *de leg.* 3.

(*a*) A Papin. *l.* 101. *de cond. & dem.* quod confirmatum est *l.* 6. C. *de Inst. l.* 30. C. *de fideic.* cum non videatur testator alienas successiones propriis anteponere voluisse; aliud igitur dicendum; si hæres extraneus ita rogatus sit. Gomes. 1. *res.* 5. De interpretatione hujus conditionis, Si sine liberis, tractat Gom *d. l.* fuse Pereg. *de fideic. art.* 28. Nobilis quæstio est, an positi in hac conditione ex testamento vocentur. Ait Hotom. *quæst. ill.* 13. Fach. 4. *cont.* 51. negat Dom. noster ad *l.* 1. C. *de past.* Ant. Fab. 26. 28. *&* 29. *de err. prag.* Passim utra opinio communior sit, incertum, posterior juri videtur magis consentanea. Late in utramque partem disputat Mantic. 11. *de conj. ult.* 2.

(*b*) Utriusque exempl. in *l.* 40. §. 2. *l.* 107. *de cond. & dem. l.* 10. *de adem. leg.*

(*c*) *l.* 95. *de cond. l.* 24. *de adm. leg.* Secus est in conditione institutioni adjecta. *l.* 73. *de hær. Inst.* Nempè conditione institutum onerare testator voluisse creditur, non item substitutum, cui ut prodesset, conditionem adjecit.

(*d*) Ut testantur *l.* 77. *de cond. l.* 70. *eod. l.* 18. *de cod. inst. l.* 38. §. 4. *de hæred. Inst.* Sive verba, hoc amplius, item, præterea, exprimantur. *l.* 54. *l.* 65. *de legat.* 3. *l.* 198. *de cond.* sive non. *d. l.* 70. *& dict. l.* 18. Quod tamen sic est accipiendum, si utiliter conditio adjecta sit, aut institutio, legatumve, cui adscripta est, constiterit; alioqui secus. *l.* 47. *de condit. & dem. l.* 104. §. *pen. de leg.* 1.

(*e*) *leg.* 99. *de condit. & dem.* Quod eo pertinet, ut quamvis legatarius ante aditam hæreditatem decesserit, legatum tamen transeat ad hæredes *l.* 7. *quand. dict. l.*

(*f*) *l.* 47. *in fin. de cond. & dem.* exemp. in *l.* 65. §. 1. *de leg.* 1. *l.* 52. *l.* 69. *de condit. & dem.* Sin expressa conditio nihil amplius adjiciat, effectum non mutat. *l.* 7. §. 5. *l.* 25. *de adim. leg. dict. l.* 47. *l.* 69. *de hær. inst.* Sane si lex vetet, conditionem, quæ tacite inest, exprimi, nocebit expressa. exempl. in *l.* 68. *de hær. Inst.*

(*g*) *l.* 1. *de cond. instit. l.* 3. *de cond. & demonst.* §. 9. *Instit. de hær. inst. l.* 14. *& seq. de cond. instit.* §. *ult. Inst. de leg.* sicut & ineptæ. *l.* 113. §. *ult. de leg.* 1. Remittuntur item hæ duæ, edicto prætoris, si ille juraverit, se illud, aut illud facturum. *l.* 20. *de cond. & dem. l.* 8. *de cond. inst* add. Cujac. 5. *obs.* 1. legibus, si illa non nupserit. *l.* 62. §. *ult. de cond. & dem.* adhibendæ tamen hic exceptiones ex duab. *ll. seqq. & auth. cui relictum. Cod. de ind. vid. toll.* species autem *l.* 1. *Cod. dict. tit.* huc non pertinet, nisi in casu *l.* 79. L. *ult. de cond. & dem.*

omnes in ea causa sunt, ut impleri debeant, si minus in totum, at quatenus (*h*) possunt, prout testator sensisse videbitur. Si plures adscriptæ sunt, si quidem conjunctim, omnes; si separatim, unam impleri sufficit (*i*).

CAPUT LXII.

Conditiones quomodo, & quando recte impleantur: quæ quando non impletæ pro impletis habeantur.

Porro de implenda conditione tria hæc cognoscenda: quomodo recte impleatur; quatenus; quando. In modo conditionis id sequendum, quod verba demonstrant, & ad eorum (*k*) præscriptum conditio implenda; sin autem appareat, aliud quid sensisse defunctum, quam verba præseferunt, contemptis verbis (*l*) voluntatem sequemur, eamque ex fine, & scopo testatori proposito metiemur (*m*).

Si uni legatum est sub conditione, si decem dederit, non aliter ullam partem legati recte petet, quam si tota (*n*) decem dederit. Si duobus conjunctim eadem conditione, quemadmodum enumeratione personarum legatum dividitur, ita & (*o*) scinditur pro rata parte conditio. Et in universum quo minus quisque ex legato capit, quam legatum est, eo minus ex conditione præstare (*p*) cogitur, excepto eo legato, quod lex (*q*) Falcidia minuit. Quid si conditio partis præstationem non recipiat? Frustra nimirum de parte quæritur, ubi pars non ante intelligitur, quam cum † totum factum est. At enim sciendum est, ea, quæ de divisione conditionis, diximus, ad principales personas pertinere duntaxat; non item ad hæredes eorum, quorum omnis numerus pro singulari persona habetur (*r*).

De tempore ita jus est. Si constat, qua parte temporis quid fieri testator voluerit, id (*s*) sequendum est; si incerta est ejus voluntas, natura conditionis inspicienda, atque in eo hæc adhibenda (*t*) distinctio. Quæ conditiones in eventu positæ sunt, aut non (*u*) promiscuæ, eæ etiam vivo testatore impleri possunt. Promiscuæ, idest, quæ in potestate nostra sunt, quasque, quoties volumus, implere (*x*) possumus, nonnisi mortuo. Quæcumque autem hujusmodi conditio est, ut ei statim pareri possit, ei, cum primum potuerimus (*y*), parendum est. Non omnium tamen conditionum eventus perpetuo expectatur; nam si qua earum, quæ in (*z*) non faciendo consistunt, collata sit in potestatem legatarii, aut etiam hæredis, desiderante eo, cui hæc conditio injecta est, statim repræsentatur relictum; dum is caveat, nihil se ejus facturum, quod testator vetuit; si contrafecerit, rem una cum fructibus (*a*) restiturum. Quæ cautio, quod a Q. Mucio inventa est, & composita †, Muciana dicta est. Ceterum hujus cautionis remedium non in omnibus hujus generis conditionibus locum habet, verum in iis tantum, quæ morte legatarii (*b*) finiuntur; in iis, quæ vivo (*c*) eo existere possunt, cessat, una specie excepta, si ita legatum sit, si a liberis non decesserit. Plane si conditio, quæ vivo legatario existere potest, in ejus solius potestate fuerit, cujusmodi est hæc: si Stichum manumiserit (*d*), locum esse cautioni responsum est. Nunc, ut est propositum, videamus, quan-

(*h*) Exempl. in *l.* 7. *l.* 55. *l.* 101. §. 2. *de cond. & demonst.*

(*i*) §. *penul. Inst. de hær. inst. l.* 5. *de cond. inst. l.* 78. §. 1. *de cond. & dem.*

(*k*) *l.* 44. *eod.* Hinc illud vulgatum, conditionem debere impleri in specifica forma, Gom. 1. *res.* 12. *n.* 77. inde ortæ disputationes de vi, & significatione verborum conditionis. *l.* 19. 31. 32. 40. §. 1. *l.* 46. 48. 50. 81. & *seq. l.* 111. *eod.*

(*l*) Quæ primum locum obtinet, & regit conditiones. *l.* 19. *pr. eod. l.* 69. *de leg.* 3.

(*m*) Ut cognoscere licet ex his locis. *l.* 13. *l.* 25. *l.* 61. & *seq. l.* 101. *pr.* & §. 1. *eod. hoc tit.*

(*n*) *l.* 13. *eod.* Ratio in *l.* 4. *de leg.* 2.

(*o*) *l.* 56. *hoc tit. de cond. & dem.* junct. §. 8. *Inst. de leg.*

(*p*) Exempl. in *l.* 43. & 44. §. 9. *eod. l.* 8. *de legat.* 1.

(*q*) Quæ exceptio est in *d. l.* 43. §. 1.

† *l. pen. pr. de cond. & dem. l.* 11. §. *antep. & pen. de leg.* 3. *l.* 72. *de V. O.*

(*r*) *d. l.* 56. *in fin.* cujus rei ratio explicatur a Don. ad *h.* 2. §. 2. *d. tit.*

(*s*) Quod distributione exemplorum declarat Marc. *l.* 91. *hoc tit.*

(*t*) Extat hæc distinctio, ac utriusque membri exempl. in *l.* 10. & 11. *eod.*

(*u*) Ut, si Titius consul factus fuerit; si uxorem duxerit. *d. l.* 11. §. 1.

(*x*) Veluti, si Capitolium ascenderit. *d. l.* 18. §. 1. Cujus generis conditio vivo testatore impleri non potest, quia scire non potest legatarius, an legatum, conditiove permansura sit; nam si fato fecerit, non videbitur obtemperasse voluntati. *d. l.* 2.

(*y*) *l.* 20. *eod.* Non idem placet in conditione adjecta institutioni. *l.* 4. & 5. *de hær. inst. l. ult. de condit. inst.* Hoc ita tam varie, quia in hæredibus causa esse potest, cur conditionem trahant, ne oneribus hæreditariis, quæ legatarios non attingunt, *l.* 32. *ff. mand.* temere implicentur.

(*z*) Hoc in conditionibus, quæ sunt in faciendo, idcirco receptum non est, quia statim impleri possunt.

(*a*) Et vid. ad quem jure civili, deficiente conditione, hæreditas, aut legatum pertinere potest. *l.* 19. *hoc tit. de cond. & dem.*

† *l.* 7. *eod.* Habet hoc genus cautionis satisdationem. *l.* 67. *l.* 107. *eod.* & in hæreditatibus quoque admissum est. *d. l.* 7. non autem in contractibus. Gom. 2. *res.* 11. *n.* 37. Rationem differentiæ adfert Cujac. *obs.* 32. & solidiorem Ant. Fab. 2. *conj.* 16.

(*b*) Veluti, si in Asiam non venerit. *l.* 73. *eod.*

(*c*) Ex. gr. si Mæviam uxorem duxerit, quæ conditio vivo legatario dupliciter existere potest, vel mortua Mævia, vel si aliam uxorem duxerit. *l.* 77. §. 2. *l.* 101. §. 3. *d. l.* 106. *eod.*

(*d*) Hoc, & quod proxime sequitur est in *l.* 72. *in pr. d. l.* 67. *eod.* add. Cujac. *obs.* 2.

quando conditio non impleta pro impleta habeatur.

Quæ conditiones non ex facto nostro, sed ex casu pendent, eas omnimodo impleri oportet, nulla ex hoc genere non impleta unquam pro impleta habetur. De iis autem, quæ in potestatem nostram collatæ sunt, ita jure civili receptum. Quoties per eum, cujus interest, conditionem (e) non impleri, fit quominus impleatur, ut perinde habeatur, ac si impleta conditio fuisset. Idem est, si per eum fiat, in cujus (f) persona conditioni parendum est. Quod si per legatarium stet, quominus impleatur, non habebitur pro impleta, usque adeo, ut etiam (g) morte ejus, in cujus persona conditio implenda est, legatarius conditione deficiatur. Excepta tamen sunt duo conditionum genera: unum est in hac conditione, si servus manumittatur, & servi mors (h) sola impediat manumissionem; alterum in legato annuo, vel alimentorum relicto sub hac conditione, si legatarius cum matre, aut filio testatore moreretur (i).

CAPUT LXIII.

Ubi legatum, vel fideicommissum præstandum; tum quæ remedia legati persequendi causa jure constituta.

Ultimum in circumstantiis considerandum est locus. De eo itidem si quid testator caverit, id omnino (k) sequendum. Si nihil cavit, interest certa res, aut species relicta sit, an incerta, ut quantitas, aut genus. Certa, ibi præstanda, ubi (l) relicta est, quamvis alio, sine dolo tamen, translata sit. Incerta, ibi ubi petitur. Idemque est in re certa, si alio ab hærede dolo malo translata (m) fuerit. Peti autem potest duorum locorum altero, vel ubi hæres domicilium habet, vel ubi major (n) pars est hæreditatis. Si in rem agetur, ibi etiam (o) peti debet, ubi est. De quo diligentius in quæstione de jurisdictione Judicis præcipietur. Nunc quæ remedia legati persequendi causa constituta sint, scrutemur.

Si is, a quo legatum præstandum est, id præstare detrectet, actionibus jure ad eam rem comparatis cogendus est. Ad hoc igitur constitutæ sunt actiones (p) tres, in personam, in rem, hypothecaria. In personam ex obligatione est, quasi ex (q) contractu nata. In rem ex dominio, quod recta a testatore ad legatarium transit, si res certa, quæ & (r) testatoris fuit, legata est. Utra igitur actione velit, experiri legatarius potest; utraque simul non (s) potest. Hypothecaria ex accessione est principalis obligationis. Nam quo plenius legatariis consuleretur, constitutum est, ut si legatum ab hærede relictum est, res (t) hæreditariæ omnes legati nomine ipso jure pignori essent; si ab alio, qui fideicommisso onerari potest, illæ tantum, quas a testatore accepit. Sed & tenetur hæres desideranti legatario satisdare, se, quibus diebus testator dari fieri voluit, his diebus daturum facturum, dolumque malum abs se (u) abfuturum. Quæ cautio etsi ad ea legata maxime pertinet, quæ in diem, aut sub conditione relicta sunt, tamen in puro etiam locum habere potest,

(e) Sic habet lectio Florent. in *l.* 161. *de R. J.* Et recte, is enim, cujus interest non impleri, est hæres, aut qui impleta conditione debiturus est: congruit *l.* 81. *in fin. de cond. & dem.* Transpositio Goth. in *d. l.* 161. sententiam efficit falsam, quia satis non est non stare per legatarium. Ceterum in *l.* 24. *de cond.* refertur hæc eadem regula affirmative. Conditionem impleri, neque hoc male, dum per eum, cujus interest impleri, non legatarius, sed is, in cujus persona conditio implenda est, intelligatur. *arg. l.* 5. §. 5. *quand. d. leg.* ita fere & Pet. Fab. ad *d. l.* 161.

(f) Exempl. in *d. l.* 5. §. 5. *l.* 3. *l.* 11. *de cond. instit. l.* 1. C. *de inst. & subst.*

(g) *l.* 94. *de cond. & dem. arg. d. l.* 1. *l.* 4. C. *de cond. inst.* Et utique, qui non recusavit accipere, ei satis factum esse ex voluntate defuncti dici non potest. Confer Cujac. 2. *ad Afric. ad l.* 31. *de cond. & dem.*

(h) *l.* 54. §. 2. *de leg.* 1. vid. si eum jam legatarius vivo adhuc servo ea faceret, quæ ad manumissionem pertinent, interea servus naturali morte extinctus est, ne obstet *l.* 23. §. 2. *ad l. Aquil.*

(i) Et mater, aut filius mortui sint. *l.* 30. §. *penult. de leg.* 3. *l.* 3. §. 1. *de al. & cib. leg. l.* 1. C. *de leg.* Ratio tacite innuitur *l.* 84. *hoc tit.* Est & alia exceptio in servo hac conditione manumisso, si decem dederit. *l.* 20. §. 3. *de statu lib. l.* 94. *princ. hoc tit. l. ult.* C. *de condit. instit.* Confer cum his distinctionibus Cujac. 17. *obs.* 22.

(k) Ut ubi præstari voluerit, aut verisimile est voluisse, ubi præstari debeat. *l.* 47. *de leg.* 1.

(l) *d. l.* 47. *fac. l.* 108. *de leg.* 1. Idemque est, si quantitas legata certo loco designata sit. *d. l.* 47. §. 1.

(m) Quæ summa distinctionis. *d. l.* 47. *pr.* & §. 1. *l.* 21. *de jud.*

(n) *l.* 50. *pr.* & §. *ult. de jud.*

(o) *d. l.* 38. *in fin. l. ult.* C. *ubi in rem act. exerc.* apud nos tamen etiam ubi hæres domicilium habet, juxta comm. op. de quo latius in *parte* 2.

(p) §. 2. *Inst. de leg. l.* 1. C. *com. de leg.*

(q) §. 5. *Inst. de obl. quæ quasi ex cont.* In usu juris dicitur actio ex testamento, quæ ceteris quidem partibus stricti juris est, sed habet hoc com bon. fid. jud. commune, ut pecuniæ legatæ usuræ species fructus accedant, non solum ex tempore litis contestatæ. *tit.* C. *de us. & fruct. leg.* sed etiam ex mora extra judicium interposita. *l.* 3. *pr. de usur. l.* 3. C. *in q. c. in int. rest.* Liberatio ab hac obligatione nihil proprii habet a ceteris; de quibus acturi sumus *l.* 2. *c.* 74. & *seqq.*

(r) *l.* 80. *leg. l.* 64. *de furt.* Secus, si aliena, aut pecunia, vel quantitas legata. Gom. 1. *res.* 12. *n.* 7. *arg. d. l.* 1. C. *comm. de leg.*

(s) l. 76. §. 8. *de leg.* facit *l.* 108. §. 3. *de leg.* 1.

(t) *d.* §. 2. *d. l.* 1. Non etiam res hæredis propriæ, nec legatæ; nam traditum est, rei nostræ pignus consistere non posse. *l.* 45. *de reg. jur.*

(u) *l.* 1. *pr. ut leg. nom. cau.* Quæ tamen cautio & a testatore remitti potest. *l.* 12. ff. *eod. l.* 2. & 4. C. *eod.* & a fisco non præstatur. *d. l.* 12. §. 18. ff. *eod.* quia semper solvendo intelligitur. *l.* 2. ff. *de fund. dot.*

poteſt, ſi aliquas (*x*) moras exercitio judicii habeat. Si hæres ſatiſdare recuſet, mittitur legatarius in poſſeſſionem bonorum legati ſervandi cauſa, & poſt ſex menſes etiam in res hæredis, unde initium (*y*) novæ hypothecæ, iiſdemque de rebus hypothecaria actio.

CAPUT LXIV.

De hæreditatibus, quæ ab inteſtato deferuntur.

DEcurſis breviter omnibus ſupremæ voluntatis partibus, redimus ad inſtitutam de univerſitate bonorum acquirenda diſputationem. Ut, quoniam tractationi de hæreditate judicio defuncti acquirenda ſatisfecimus, quod reliquum eſt, de legitima, ſeu ea, quæ lege ab inteſtato defertur, pertexamus. Lege deferri dicitur hæreditas, cum lege (*z*) ſola, abſque voluntate defuncti defertur, & quibus hoc modo defertur, legitimi hæredes. Omnis ratio legitimarum hæreditatum in duarum rerum cognitione verſatur; ut norimus, quando deferatur, & quibus; acquirendi ratio cum teſtamentaria communis. Tunc defertur lege hæreditas, cum defunctus † inteſtatus deceſſit; ſuis quidem ſtatim, etiam invitis, & ignorantibus, extraneis tunc, cum conſtiterit inteſtato deceſſiſſe. Inteſtatus decedere intelligitur, qui aut omnino non fecit teſtamentum, aut non jure fecit, aut id, quod fecit, ruptum, irritumve factum eſt, aut ſi ex eo nemo hæres (*a*) extiterit. Quamdiu autem ex teſtamento adiri poteſt hæreditas, ab inteſtato non †† defertur. Cum igitur conſtabit, inteſtato quem mortuum eſſe, aut rem ſuperioribus modis ad cauſam inteſtati deductam, incipit deferri hæreditas ei, qui lege ab inteſtato vocatur. Hic alia libertorum, alia hæreditatis ingenuorum conditio; ac cum utriſque quædam communia ſint, quædam propria ſucceſſionis libertorum; communia ex his, quæ de ingenuis dicentur, cognoſci poterunt; propria ſumi ex eo Inſtitutionum loco, in quo pars iſta ex profeſſo tractatur (*b*).

Ingenuorum hæreditas quatuor generibus perſonarum, ſuo cuique ordine defertur. Primus ordo eſt cognatorum, qui ratione ſanguinis ad ſucceſſionem vocantur, de quo mox ſeparatim. Secundo, ſi nulli cognati extabunt, ſuccedunt (*c*) vir, & uxor; qui tamen interdum una cum liberis ad certam ſummam vocari poſtea cœperunt. Tertio, ſi neque vir, neque uxor erit, admittitur is ſervus, teſtamento manumiſſus, qui libertatum conſervandarum gratia bona ſibi (*d*) addici petit. Quarto, & poſtremo, ſi nemo ex ſuperioribus extabit, ſoli (*e*) fiſco bona vacantia deferuntur. Excepti hi, quorum hæreditas redit ad id corpus, cujus (*f*) membrum antea fuerunt; item ſocius beneficii principalis, qui in partem conſortis, ſi alium hæredem non habet, excluſo fiſco (*g*) ſuccedit. De primo ordine major ſemper difficultas extitit, uſque adeo, ut hic locus unus prope totam hanc partem occuparit; ac proinde tractatu dignus ſeparato.

CAPUT LXV.

De ſucceſſione cognatorum.

COgnatorum ordo (*h*) tripartitus eſt; deſcendentium, aſcendentium, eorum, qui ex latere veniunt. Primus in ſucceſſione ab inteſtato locus eſt deſcendentium, id eſt, liberorum defuncti, in qua ſucceſſione quatuor obſervanda. Primum placere (*i*) omnes liberos admitti ſine ulla exceptione conditionis, ſublata veteri ſexus, patriæ poteſtatis, & emancipationis differentia. De duobus tamen generibus liberorum dubitatum, de adoptivis, & ſpuriis. Sed de adoptivis haud dubie id jus ſervandum, quod de his jam ante ſpeciatim (*k*) cautum fuit. Spurii omnes

quoad

(*x*) *l.* 14. *&* *ſeq.* *ff.* *d.* *tit.*

(*y*) *leg.* 6. Cod. *ut in poſſeſſ. leg.* junct. *leg.* 5. *ff.* *ut leg. nom. cav.*

(*z*) *l.* 2. *in pr.* *&* *tot. tit. de ſu. & leg. hæred.* & opponitur teſtamentariæ. *l.* 3. §. 2. *pro ſoc.* *l.* 70. *l.* 77. *de acq. hær.* Dicitur quidem & teſtamentaria hæreditas lege obvenire, ſed per conſequentiam duntaxat, quia *l.* 12. *tab.* confirmatur *l.* 130. *de V. S.*

† §. 2. *&* 3. *Inſt. hoc tit. de hær. quæ ab int. def.* unde & ab inteſtato deferri dicitur. *d.* *l.* 70. *&* 77.

(*a*) Definitio Inſt. *pr. Inſt. hoc tit.* cui ſimilis eſt illa Papin. in *l.* 1. *ff.* *de injuſt. rupt.*

†† *l.* 39. *d.* *l.* 70. *de acq. hær.* *l.* 89. *de reg. jur.*

(*b*) *Tit. Inſt. de ſucc. libert.*

(*c*) *l. un.* ubi Cujac. C. *und. vir & uxor.* Succeſſio hæc prætoria eſt. Borch. *de grad.* 7. *ag.* 259. *&* *ſeq.*

(*d*) De quo *tit. Inſt. de eo, cui lib. conſerv. c. bon. add.*

(*e*) *l.* 1. *de ſucc. edict.* *l.* 1. *&* 4. C. *de bon. vac. lib.* 10 add. Schneid. *Inſt. ad hoc tit.* C. *de ſucc. fiſc.*

(*f*) Ut Eccleſiaſticorum. *l.* 2. C. *de Epiſc.* & de quibus comprehenſum *tit. Cod. de hær. decur.* quod DD. ad quævis licita collegia trahunt; ut & Doctori, & ſtudioſo, excluſo fiſco, ſuccedat Academia, ſed Schneid. *d. loc.* negat id extendendum ad caſus non expreſſos. Studioſi autem bona vacantia fiſcum Academiæ vindicare poſſe.

(*g*) *l. un.* C. *ſi liberal. imp. ſoc. ſine hær. dec.* *lib.* 10. *tit.* 4.

(*h*) *Inſt. tit. de grad. cog.* *l.* 1. *ff.* *eod.* Nov. 118. *c.* 1.

(*i*) *d.* Nov. *c.* 1. Hodie igitur emancipati non indigebunt auxilio Prætoris; plane in hoc adhuc differre emancipatos, & ſuos exiſtimo, quod hi ipſo jure, illi adeundo hæredes fiant. Ant. Fab. 29. *err.* 10.

(*k*) *l. pen.* C. *de adopt* Nec quoad hoc differentia emancipationis, & poteſtatis ſublata. Schneid. ad *tit. Inſt. de hær. quæ ab inteſt.* C. *de ſucc. adopt.* Apud nos adoptionis vis nulla.

quoad (*l*) patrem hinc removentur; ita tamen, ex concubina nati, si liberi legitimi nulli, nec uxor supersit, in duas uncias patri naturali (*m*) succedant. Quoad matrem etiam illi removentur, qui ex (*n*) incestis, & interdictis nuptiis nati sunt; ceteri, nisi mater fuerit illustris, una cum legitimis (*o*) admittuntur. Secundo de pluribus gradibus liberorum sic habendum: vivum filium semper obstare nepotibus ex se natis in successione avi, eo mortuo, nepotes in locum ejus succedere, & (*p*) admitti ad successionem avi, sive soli sint, sive cum filiis defuncti, iisdemque thiis suis concurrant. Sed si filius emancipatus sit, nepos in potestate retentus, dicendum est filium solum †, excluso nepote admitti. Tertio liberos (*q*) solos admitti placuit, exclusis non cognatis modo, sed etiam parentibus: in tantum, ut & patri, in cujus potestate defunctus fuerat (*r*), præferantur in iis bonis, quæ patri ex constitutionibus non quæruntur. Duobus tamen (*s*) casibus conjux superstes ad certam summam cum liberis concurrit; uno casu, in quartam usufructus bonorum, si defunctus fuit locuples, superstes pauper; altero casu, in partem virilem, si viva matre liberos pater emancipavit. Quarto, & postremo, placet inter eos, qui sunt ejusdem gradus, ejusdemque stirpis, in capita divisionem fieri; eos vero, qui sunt diversorum graduum, aut stirpium in (*t*) stirpes succedere. In capita succedi dicitur, cum quot sunt capita, sive personæ succedentium, in tot partes hæreditas dividitur, in stirpes, cum pro numero stirpium secatur, ut qui sunt ex una stirpe partem unam ferant, qui ex altera, licet pauciores, aut unus tantum, partem alteram (*u*).

Liberis non extantibus, secundo (*x*) loco ad hæreditatem vocantur parentes. Hinc duo communia cum successione liberorum; diversa, & discrepantia item duo. Communia, & similia (*y*) conditio personarum, & ratio (*z*) divisionis. Discrepantia hæc, quod hic proximus præferatur (*a*) ulteriori, nec ad solos parentes hæreditas devolvatur, sed simul ad defuncti fratres ex (*b*) utroque parente conjunctos, item ad eorum demortuorum fratrum (*c*) filios; ita ut fratres defuncti una cum parentibus in capita, fratrum filii in (*d*) stirpes succedant. Illud in hac successione singulare, quod ne ususfructus quidem portionis fratribus delatæ parentibus, quorum in potestate sunt, deferatur (*e*).

Tertio loco veniunt cognati, qui sunt ex transverso, seu a latere, nullo sexus, aut agnationis, cognationisve discrimine (*f*) habito. Inter hos primum locum obtinent fratres ex utroque (*g*) latere conjuncti, item eorum demor-

(*l*) Quod & juri divino consentaneum. *Gen.* 21. *ad Galat.* 4. Hoc ita nisi per subsequens matrimonium legitimentur. *Nov.* 89. §. 1. Cui consequens est, ut etiam legitimati per rescriptum Principis una cum legitionis postea natis succedant; idque ut communiter receptum, & certum refert Gail. 2. *obs.* 142.

(*m*) *Auth. licet. C. de nat. lib.* Sed patri tantum, non etiam avo paterno. *l. ult. C. d. tit.*

(*n*) *d. Auth. licet.* in tantum, ut & alimenta iis jus civile deneget. *Auth. ex complexu. C. de inc. nupt.* quod mitigat jus Can., quod nos sequimur.

(*o*) §. 3. *Inst. de S. C. Orphit. l.* 5. *C. eod.* Vid. *de succ. naturalium* Forst. 8. *c.* 10. *& seqq.*

(*p*) Jure repræsentationis §. 2. *Inst. hoc tit. d. Nov.* 6. 1. Post mortem autem avi conceptus ad successionem ejus non vocatur. §. 8. *Instit. eod.* species est in *l.* 6. *de su. & leg.* Quod tamen sic temperandum esse vulgo existimant, ut ex propria quidem persona non admittatur, sed ex persona patris jure transmissionis, aut repræsentationis. Forst. *lib.* 4. *c.* 23. quæ distinctio, licet æquitate non destituatur, vix tamen est, ut juris civilis subtilitati satisfaciat; nec apud nos quidpiam decisum.

† *d. Nov. c.* 1. *pr. & fin.* sublato edicto Prætoris. De conjung. cum emanc. lib. VVesem. *par. ibid.*

(*q*) Tum ex ratione naturali, quæ quasi lex quædam tacita velut ad debitam successionem eos vocat. *l.* 7. *de bon. damn.* tum ex communi parentum voto. *l.* 15. *de inoff. l.* 7. §. *ult. und. lib.*

(*r*) *l.* 4. *C. de bon. quæ lib.* contra quam jure veteri cautum. *l.* 2. *ff. de castrens. pec.* add. *l.* 6. *C. d. tit.*

(*s*) Quorum prior est in *Auth. præterea. C. unde vir, & ux.* alter in *l.* 3. *Cod. de bon. mat.* Vid. Schneid. *cap. de succ. int. vit.*

(*t*) *d. Nov. cap.* 1. *Inst. hoc tit. de hæred. ab int.* §. 6.

(*u*) Quod fusius explicatur a Forstero *lib.* 3. *C.* 34.

(*x*) *dict. Nov. c.* 2. cujus successionis ratio est in *l.* 7. §. *ult. und. lib.* explicate Pet. Greg. 45. *synt.* 10.

(*y*) Nam & mater vocatur, & per eam conjuncti, neque, ut olim, parens manumissor matri præfertur, de quo in §. 3. *Inst de sen. Tertyl.*

(*z*) Ut si proponas defuncto superstitem esse avum maternum dumtaxat, ex patre avum, & aviam; ille unus tantum feret, quantum hi duo. *d. c.* 2.

(*a*) Mater igitur excludet avum paternum, etiam in bonis, quæ a patre defuncto obvenerunt. *Auth. defuncto. C. ad Tertyll.*

(*b*) *d. c.* 2. *vers. si vero, & v. seq.* Nostro jure parentes ambo superstites liberis suis, exclusis fratribus, succedunt. *Ord. Pol. art.* 21. *& plac. de succ. ab int. ar.* 2. Altero mortuo excluditur superstes a successione, in iis locis, in quibus jure Scabinico utimur, ut in Zuithollandia; secus vero ubi utimur Asingico, ut in Northollandia, & VVestfrisia. *art.* 26. *d. Ord. Pol.* junct. *art.* 3. *d. placiti de succ. ab int.* Ubi autem cum fratribus vocantur parentes, etiam fratres ex parente mortuo tantum conjuncti veniunt, qui tamen, si defuncto nulli sint fratres germani, a parente superstite excluduntur. *d. art.* 3.

(*b*) Si modo & fratres concurrant; nam si soli sint, parentes præferuntur. No. 127. *c.* 1. convenit *d. art.* 3. *in fin.* sed in eo discrepat a jure civili, quod fratribus superstitibus ex *d. art.* etiam fratris defuncti nepotes admittuntur.

(*d*) Ne melioris sint conditionis, quam parens eorum fuisset: *d. c.* 1. *Nov.* 127. *d. autem art.* 3. Parenti superstiti semissem totius hæreditatis defert.

(*e*) *d. c.* 2. *Auth. item. C. de bon. quæ lib.*

(*f*) d. Nov. 118. *c.* 3. *&* 4.

(*g*) *d. c* 3. *in pr.* Apud nos una cum germanis etiam ex altero parente tantum conjuncti admittuntur *meteen halve hand*, ut duo quidem semisses fiant, sed eorum unum utrinque conjuncti ferant, alter inter eos, & fratres uterinos, aut consanguineos dividatur. *d. plac. art.* 4. *& art.* 25. *d. Ord. Pol.* Quod si cum germanis concurrant consanguinei simul, & uterini; germani utrumque semissem cum utrisque æqualiter partientur.

mortuorum (*h*) filii; inde reliqui (*i*) fratres eorumque filii. Hic si ii cum filiis fratris demortui concurrant, in (*k*) stirpes dividetur hæreditas; sin soli sint nepotes, in (*l*) capita fiet partitio. Postremo reliqui cognati, quo quisque proximior est, ita alterum excludit, & si plures erunt ejusdem gradus, in capita familiam ercifcent (*m*).

CAPUT LXVI.

De bonorum possessionibus.

SUperest ea acquirendæ hæreditatis ratio, quæ est ex jure prætorio per bonorum possessionem, de qua postremo hoc loco dicturos nos esse supra recepimus. Bonorum (*n*) possessio est jus persequendi, retinendive patrimonii, sive rei, quæ cujusque, cum moritur, fuit. Hoc jus vi ipsa nihil aliud est, quam emolumentum hæreditatis; unde & in omnibus vice hæredum bonorum possessores habentur, & ipsa possessio interdum absolute (*o*) hæreditas appellatur. Ex quo apparet, hunc locum esse maxime idoneum, in quo de hoc genere acquisitionis porro disputemus.

Defertur bonorum possessio ex iisdem causis, ex quibus jure civili hæreditas, nempe aut testamento, aut ab intestato. Ex testamento duæ: contra tabulas, liberis præteritis, maxime emancipatis; & secundum tabulas, hæredibus testamento scriptis. Ab intestato, primo liberis, secundo agnatis, & cognatis, tertio viro, & (*p*) uxori. In acquirendo duo sunt diversa a jure civili, tempus acquirendi, & modus. Adeundæ hæreditati jus civile nullum tempus præfinivit; agnoscendæ bonorum possessioni tempus certum a Prætore præstitutum; liberis, & parentibus annus; ceteris (*q*) 100. dies. In modo acquirendi hæc dissimilia: Primum nemini, nisi (*r*) volenti bonorum possessio acquiritur. Secundo non acquiritur, nisi ad voluntatem agnoscendi accedat auctoritas (*s*) Magistratus. Tertio, quamvis testatio amplectendæ bonorum possessionis intra alienam vicem properantius (*t*) exeratur, tamen nihilominus efficaciam parem, quasi suis sit usa (*u*) curriculis, consequitur: non utique, ut ita agnita bonorum possessio statim acquiratur, sed tunc, cum prior gradus (*x*) exclusus erit. Quarto, servus, & filiusfam. etiam jussu præcedente, agnoscere possunt, ad hoc ut (*y*) rata postea habeatur agnitio. Postremo non per nosmetipsos tantum, sed etiam per quosvis (*z*) alios idem consequi possumus. Quæ omnia dissimiliter se habent in ea hæreditate, quæ acquiritur jure civili (*a*).

At enim supervacuum videri potest, de honoraria successione laborare, cum longe facilior sit acquirendæ hæreditatis ratio jure civili. Recte quidem hoc diceretur, si aut nunquam necessaria, aut semper inutilis esset Prætoris auctoritas; nunc autem & necessaria est interdum, & ubi non est necessaria, non plane inutilis. Necessaria est tunc, cum simul defertur jure civili. Bonorum possessionis duo (*b*) genera; decretalis, & edictalis. Decretalis est, quæ decretum Magistratus, seu causæ cognitionem more majorum pro (*c*) tribunali desiderat; cujus generis species duæ hodie necessariæ. Prima est, cum impubes filius esse negatur; huic tum causa cognita datur bonorum possessio ex edicto (*d*) Corboniano in tempus pubertatis. Secunda (*e*) est, ubi ventre præterito filius vivus a patre hæres institutus est. Cæteræ sunt (*f*) edictales, quæ ita

(*h*) *d. c.* 3. Inducta hactenus repræsentatione contra juris veteris constitutionem. *Inst. de leg. ag. succ. pr.* Quod apud nos extensum ad fratrum nepotes. *arg.* 22. *d. Ord. Pol.*

(*i*) *d. c.* 3. *Auth. post fratres. C. de leg. hær.* Si plures sint hujus generis fratres, uterini in bona materna, consanguinei in paterna succedant, juxta reg. DD. paterna paternis, materna maternis deferri. *l.* 13. §. 2. C. *d. tit.* Contra cautum videtur *art.* 27. *d. Ord. item art.* 5. *&* 13. *de plac.*

(*k*) Quia vocantur in locum patris, eumque referunt. *d. c.* 3.

(*l*) Jus vetus certum est *l.* 2. §. 1. *de su. & leg.* § 4. *Inst. de leg. agn. succ.* Id an mutatum *d. c.* 3. quæritur, & Azonis sententia, verissima est, mutatum non esse, quam & Carol. V. anno 1529. in com. Spiren. confirmavit. Convenit *art.* 11. *d. plac.* in Zuid-Hollandia autem etiam inter nepotes ex fratribus repræsentationi locus. *art.* 28. *d. Ord.* junct. *d. art.* 11.

(*m*) §. 7. *Inst. de suc. agn. l.* 1. §. 10. *& seq. de succ. eod.* In suis autem hæredibus placet successionem non esse. *d. l.* 1. §. 8.

(*n*) *l.* 3. §. 2. *hoc tit. de bon. poss.*

(*o*) *l. ult.* C. *qui adm.* junct. *l.* 2. §. 2. *ff. hoc tit. l.* 19. §. 2. *de cond. & demonst. l.* 1. §. 7. *ad Treb.*

(*p*) *Inst. hoc. tit.* §. 1. *& duob. seq.*

(*q*) *l.* 1. §. 8. *&* 12. *de succ. ed.* Intellige annum, & dies utiles. *l.* 2. *quis ord. in bon.*

(*r*) Invito non magis acquiritur, quam hæreditas. *l.* 3. §. 3. *hoc tit.*

(*s*) Cujusvis Judicis, qualicumque testatione voluntatis apud eum interposita. *l. ult* C. *qui adm. ad bon. poss.* qua constitutione a veteri ritu longe receditur; sed de edictali dumtaxat intelligenda est.

(*t*) Idest, agnoscatur intra tempus, quo priori gradui adhuc defertur.

(*u*) Idest, quasi intra sua tempora, quibus defertur, agnita esset. *d. l. ult.* C. *qui adm.*

(*x*) *Aug. l.* 70. *pr. de acq. hær.*

(*y*) *l.* 3. §. 7. *hoc tit. l.* 6. *pr. &* §. 1. *de acquir. hæred.*

(*z*) Agnitionem intra tempora constituta ratam habendo. *d.* §. 7.

(*b*) Ut supra suo loco demonstratum est.

(*b*) *l.* 1. §. 1. *ff. und. lib.* junct. *l.* 1. §. *decretalis de suc. edict. & l.* 2. §. 1. *quis ord. in bon. poss.*

(*c*) Nec de plano peti potest. *d. l.* 2. §. 1. Datur quidem etiam ex edicto. *l.* 10. *de succ. ed.* at non sine decreto.

(*d*) *l.* 1. *pr. &* §. *aliquot. seqq. de carbo. ed.*

(*e*) Quæ quam causam habeat, & quid desideret, ostendit *l.* 4. §. *ult. & l. seq. cont. tab.*

(*f*) De quibus accipiendam esse duximus *d. l. ult.* Cod. *qui adm.*

ita ex edicto dantur, ut in his causæ cognitio non desideretur; sed sufficiat quævis testatio amplectendæ hæreditatis apud quemlibet Judicem, etiam de plano cognoscentem interposita. Ex his quatuor fere etiam hodie necessariæ. Contra tabulas una, filio emancipato testamento patris (g) præterito; secundum tabulas duæ; cum posthumus præteritus testamentum rumpens, vivo testatore mortuus est: item cum qui post testamentum factum capite minutus fuerat, postea civis Romanus, & sui juris (h) decessit, ab intestato nulla necessaria hodie, nisi ea, quæ † unde vir, & uxor nominatur. Quæ reliquæ sunt edictales, licet (i) necessariæ non sint, habent tamen suam (k) utilitatem, tum in acquirenda hæreditate, tum in quæsita facilius retinenda. Repudiatæ, & acquisitæ bonorum possessionis idem effectus, qui & hæreditatis (l).

CAPUT LXVII.

Quæ personæ sibi, vel aliis acquirere possunt.

JAm ante diximus, tria in omni acquisitione esse intuenda; rem, quæ acquiritur; modum acquirendi; acquirentis personam. Duo priora absolvimus, superest tertium, persona acquirentis. Hic duplex quæstio; prior, an omnes sibi acquirant; altera, si quis sibi acquirere non possit, an saltem acquirat alteri. Principio non omnes sibi acquirere posse constat. Quominus possint, fit partim conditione personæ, partim ipsorum voluntate. Conditione personæ sibi acquirere non possunt servus, & filiusfam. Servi (m) nihil suum habere possunt, utpote qui jure civili pro nullis habentur. Filiusfam. prout est conditio peculii, ita vel sibi, vel patri acquirit. Peculium filiifam. duplex (n) castrense, & paganum. Castrensis item species duæ; absolute castrense, & quasi. Absolute castrense est, quod per occasionem armatæ militiæ filius sibi (o) adquisivit; quasi castrense est, quod in toga (p) Reipub. operam navans paravit. Utrumque genus ita proprium est filiifam. ut de eo statuere possit non secus, ac si (q) paterfam. esset. Paganum peculium rursus duplex; profectitium, & adventitium. Profectitium est, quod a patre, sive contemplatione patris ab aliis ad filium (r) proficiscitur; hoc totum patri secundum antiquam observationem (f) acquiritur. Adventitium est, quod non occasione patris, sed aliunde filio (t) obvenit; hujus proprietas (u) filio, ususfructus parenti conceditur. Nonnunquam tamen & hoc in totum filio acquiritur; quod receptum est primo in rebus filiosfam. ea lege datis, ne ususfructus ad patrem perveniret. Secundo in hæreditate, fratris, aut sororis, ad quam una cum filio pater admittitur. Tertio in iis rebus, quæ filio deferuntur ob delictum patris, qui divortium fecit sine causa. Quarto in hæreditate, quam filius renuente patre (x) adiit. Volente autem patre, omnium adventitiorum ususfructus filio acquiri potest. Meminisse autem debemus, dotem filiæfam. non adventitiam tantum, sed etiam profectitiam favore matrimonii (y) proprium ejus patrimonium haberi. Postremo eos, quibus rei alicujus commercium interdictum est, palam est, eam rem acquirere non posse.

Voluntate sua sibi non acquiruntur hi omnes, qui non hac mente quid accipiunt, ut ipsi domini fiant (z).

Qui sibi non acquirunt, tametsi ut plurimum nulli, interdum tamen acquirunt alteri. Id efficit aut conditio personæ acquirentis, aut voluntas. Conditione personæ nobis acquirunt hi (a) quatuor; filiifam., servi, tum nostri, tum alieni, in quibus usumfructum habemus; item ii omnes, qui a nobis bona fide possidentur. De filiosfam. in universum ita statuemus: Quidquid per servum non acquiritur domino, id nec per filium acquiri patri; & vice versa:

(g) §. 9. *Inst. de her. quæ ab int.* neque hoc jus mutatum *Auth. non lic. Cod. de liber. præt.*

(h) *l.* 12. *ff. de injust. rupt.* §. 6. *Inst. quib. mod. test. inf.*

† *l. un. ff. & C. und. vir, & ux.* §. 2. *in fin. Inst. hoc tit.* atque hæc sola apud nos locum habere putatur.

(i) Cum in iis deferatur hæreditas jure civili ex iisdem causis.

(k) Maxime quoad interdictum. Quorum bonorum. *l.* 1. *quor. bon.* add. Graff. §. *Bonorum possessio.* 4. 5.

(l) *l.* 1. §. 6. 10. *& seq. de suc. ed. l.* 1. *&* 3. *ff. h. tit. l.* 7. *C. qui adm.*

(m) *l.* 10. *de acq. rer. dom.* §. 3. *Inst. hoc tit. per quas pers. nobis acq. l.* 32. *de reg. jur.* adeo ut nec possidere possint. *l.* 24. *de acquir. possess.*

(n) Quæ genera judicantur in *l. ult. C. de inoff. test.* Apud nos nulla est peculii distinctio, sed omnia filio in totum acquiruntur, & communi nomine bona appellantur.

(o) Quod quid contineatur, docet *l.* 11. *ff. de cast. pecun.*

(p) Sic hoc peculium fere describitur in *d. l. ult.* §. *ult. C. de inoff.*

(q) *Inst. quib. non est perm. fac. test. in pr. l.* 6. *pr. C. de bon. quæ lib. l.* 2. *ff. de S. C. Mac.*

(r) §. 1. *Inst. h. tit. l.* 5. *pr. ff. de jur. dot.*

(f) *d.* §. 1. *d. l.* 6. *C. de bon. quæ lib.* Hinc donatio a patre in filium collata nulla est. *l.* 1. §. 1. *ff. pro donat.*

(t) Quod aut suis laboribus acquisivit, aut prospera fortuna ei accessit. *d.* §. 1. *& d. l.* 6. *pr.*

(u) *d.* §. 1. *d. l.* 6. Ut tamen proprietatem alienare sine consensu patris non valeat. *l. ult.* §. 5. *C. d. tit.* Quid si ususfructus filio sit relictus? acquiretur patri; eo mortuo redibit ad filium. *l. ult. C. de us.*

(x) Est hoc, & quæ præcedunt in *Auth. excipitur, & duob. seq. & l. ult.* §. 1. *C. d. tit.*

(y) *l.* 35. *ff. fam. erc. l.* 3. §. 5. *de min.* Arg. a majori, seu si mavis a minori probabilitate ad majorem.

(z) *l.* 6. *in fin. C. si quis alt. vel sib. l. si genero.* 28. *C. de jur. dot. arg. l.* 55. *ff. de obl. & act.*

(a) De quibus ordine tractatur *Inst. hoc tit. & l.* 10. *ff. de acq. rer. dom.*

versa: quidquid per servum acquiritur, id etiam per filium acquiri iisdem conditionibus. Una hic exceptio est, nisi filius sibi quid quæsitum velit in iis (*g*) bonis, quæ aut in totum, aut pro parte sibi acquirere potest. De servis ita passim definitur: quod servus stipulatur, aut per traditionem nanciscitur, aut ex qualibet alia causa acquirit, id domino (*c*) acquiri; sed hoc neque semper in omnibus rebus, neque statim. Non semper, quia tunc non acquirit, cum nominatim stipulatur alteri, aut quid alterius nomine (*d*) accipit. Non in omnibus rebus; excipitur enim primo (*e*) factum servi, veluti si stipuletur sibi ire, agere licere; deinde etiam res sub conditione servo legata, quæ (*f*) ipsi interim manumisso, non domino acquiritur; postremo per servum hæreditarium, quod est ejusdem (*g*) hæreditatis, hæredi acquiri non potest, & maxime ipsa hæreditas. Non statim; quamvis enim reliqua (*h*) omnia domino ignoranti, & invito statim ipso jure acquiruntur, hæreditas tamen, & possessio non (*i*) acquiritur nisi volenti. Quod servo pœnæ extra causam alimentorum relictum est, pro non (*k*) scripto habetur, quia dominum habere non intelligitur. Per servum autem hæreditarium, quamvis & ipse dominum non habet, hæreditati omnia acquirendi placuit, exceptis iis, in quibus factum personæ, operæve substantia desideratur: cujusmodi sunt hæc tria; hæreditas, ususfructus (*l*), possessio. Servus fructuarius quidquid acquirit ex re fructuarii, aut ex operis suis, quodve ei contemplatione fructuarii datur legatur, id omne fructuario (*m*) adjicitur; quod autem extra eas causas consequutus est, id ad dominum proprietatis pertinet. Idem placet & de eo, qui a nobis bona fide possidetur; sive is liber sit, sive alienus (*u*) servus. Per extraneam personam nihil acquiri potest: excepto eo, quod per liberos homines (veluti per procuratorem) placet non solum scientibus, sed & ignorantibus acquiri (*o*) possessionem, duabus his conditionibus; si & isti voluerint, & hi, quibus possessio (*p*) acquiritur. Sane possessioni jam adeptæ etiam dominium per consequentiam accedit, si modo dominus fuerit, qui tradidit; si non fuerit, usucapiendi (*q*) conditio.

CAPUT LXVIII.

Quodnam sit jus in rebus privatis: quid dominium, quæ remedia ad tuendum.

CONstituta ex superiorum rerum concursu acquisitione, habemus id, quod hucusque quæsivimus, res privatas, sive singulorum proprias. Deinceps, ut erat propositum, de jure harum rerum dicatur, quo spectat superiorum omnium cognitio. Duo igitur hic quærantur, quinam in his rebus jus habeant; tum quodnam sit illud jus, & quantum. Jus in rem privatam habent duo; dominus rei; item is, cui pars aliqua ex jure dominico tribuitur. Dominus est, cui superioribus modis res quæsita est. Domini jus unum est, & summum, quod a persona ejus dominium, a re quæsita, (*r*) proprietas appellatur. Dominium est jus de (*s*) re statuendi, (*t*) uti velis, nisi quid (*u*) jure prohibearis. Partes dominii quinque. Prima, ut rem habere, & tenere (*x*) liceat; secunda, ut eam tueamur incolumem; tertia, ut ea uti frui

(*q*) De quibus agitur paulo ante.

(*c*) §. 1. *&* 3. *Inst. hoc tit. d. l.* 10. §. 1. Nec interest sibi stipuletur, an domino, conservo, impersonaliter. §. 1. *Inst. l.* 15. *ff. de stip. serv.*

(*d*) *l.* 1. §. 19. *de acq. rer. poss. l.* 57. §. 4. *de acq. rer. dom.*

(*e*) §. 2. *Inst. de stip. serv.* Nam quæ facti sunt, non transeunt ad dominum. *l.* 34. *ff. de cond. & dem.* Utique tamen emolumentum facti domino quæritur. Conan. 2. *com.* 3. *n.* 5.

(*f*) *l.* 5. C. *de cond. inf. l.* 18. *ff. de reg. jur.* Aliter atque si servus, aut filiusfam. quid stipulari sint sub conditione. *l.* 71. *de verb. obl.* Causa diversitatis est in natura negotiorum, quia vox filii vox patris §. 4. *Inst. de inut. stipulat.* factum filii factum patris habetur *l. ult. de stip. serv. leg.* 45. *de verb. oblig.* vid. Don. ad *d. l.* 78.

(*g*) *l.* 43. *ff. de acq. hered.*

(*h*) *l.* 52. *de acq. rer. dom. l.* 62. *de V. O.*

(*i*) Non hæreditas. §. 3. *Inst. hoc tit.* ne invitus æri alieno obligetur. *l.* 6. *de acq. hered.* Non possessio. *l.* 44. §. 1. *de acq. possess.* quia non acquiritur nisi animo, *l.* 3. *pr. d. tit.*

(*k*) *l.* 3. *pr. de his, quæ pro non scr. l.* 17. *de pœn.*

(*l*) *l.* 61. *de acq. rer. dom.* junct. *l.* 1. §. 2. *quand. d. usf. leg. ced.*

(*m*) §. 4. *Inst. hoc tit. l.* 10. §. 3. *de acqu. rer. domin. l.* 21. *& seq. de usuf.* Quod si nominatim, domino proprietatis, aut jussu ejus quid accipiat, id acquiritur proprietario. *l.* 37. §. 5. *de acq. rer. dom.*

(*n*) *d.* §. 4. *vers. idem placet. d. l.* 10. §. 4. *l.* 19. *de acq. rer. dom. l.* 45. §. *ult. de acq. her.*

(*o*) §. 5. *Inst. eod. l.* 20. *de acq. rer. dom.* Quia ea sola naturaliter acquiritur. *l.* 53. *ff. d. tit.*

(*p*) *l.* 1. §. *per procuratorem*, 20. *de acquir. poss.* junct. *l.* 1. C. *eod. & d. l.* 53.

(*q*) *d.* §. 5. *in fin. d. l.* 1. C. *de acq. poss.*

(*r*) Nonnunquam tamen proprietas nudam proprietatem significat, vid. ab usufructu separatam. *l.* 22. *ff. de usufr.* §. 1. *& ult. Inst. eod.* uti, & dominium. *l.* 6. *in pr.* C. *de bon. quæ lib.*

(*s*) Proprie corporali. *arg. tot. tit. de acq. rer. dom. & tit. de rei vind.* Veteres tamen interdum paulo largius hanc vocem in omni re, quæ nostra est usurpant. *l.* 17. *quib. mod. usuf. am. l.* 10. §. 3. *de acq. rer. dom. l.* 3. *si us. pet.* sed nunquam fere, nisi cum adjuncto, quod satis declarat abusionem, nec movet, quod etiam simpliciter interdum vox dominii de rebus incorporalibus prædicetur, nam & possessio de iis simpliciter dicitur. *d. l.* 3. *si usfpet. l. ult. de itin. act. priv.* Diss. tamen plerique ex Recentiorib.

(*t*) *Arg. l.* 21. C. *mand.* definitio est Bart.

(*u*) Non addo vi; nam vis non adimit domino jus statuendi.

(*x*) Ut jus sit eam possidendi; nam possessio ipsa, quæ nihil commune habet cum dominio, sæpe est penes alium. *l.* 12. §. 1. *de acquir. possess.*

frui liceat; quarta, ut alios omnes ab ejus usu arceamus; postrema est in alienandi, & perdendi, si ita videbitur, potestate. Remedia ad harum partium tuitionem idonea, ut & in ceteris facimus, adnectamus.

Ad jus igitur tenendi defensio possidenti duplex; vis illatæ inculpata (*y*) propulsatio: adversus agentem omnis exceptio (*z*) dominii; non possidenti proposita rei (*a*) vindicatio; & in rebus furtivis (*b*) condictio furtiva. Secunda pars est, ut rem incolumem habeamus. Hic ut damna sunt, ita remedia ex adverso huic parti tributa. Damna aut ab hominibus, aut a brutis, aut a rebus inanimatis. Adversus hominum damna est actio de servo corrupto; est & ex lege Aquilia. Animalium damna vindicantur actione; si quadrup. paup. fec. A rebus inanimatis damnum triplex; a dejectis ex ædibus, ab ædibus ruinosis, ab opere facto. Hinc remedia, actio de iis, qui dejecerint, vel effuderint, actio de damno infecto, novi operis nunciatio, interdictum Quod vi, aut clam, item de aqua pluvia arcenda. Pars tertia est, ut (*c*) re uti, & frui pro arbitrio liceat. Hic impedimur aut manu, & vi, aut opere facto. Hinc remedia hæc: actio negatoria, interdictum uti possidetis, actio injuriarum; item operis novi nunciatio, & interdictum Quod vi, aut clam. Pars quarta, ut alios ab usu rei nostræ (*d*) arcere liceat. Hic contra ingredientem inculpata tutela; contra eum, qui jam ingressus est, actio injuriarum. Quinta pars, & postrema jus alienandi, quod duo hæc complectitur, ut quis (*e*) alienet, si velit, si nolit, ne (*f*) cogatur. Huc accommodanda remedia, rei vindicatio, condictio furtiva; item actio quod metus causa, & (*g*) actio de dolo.

CAPUT LXIX.

Non semper dominis licere omnia in re sua.

VErum hæc ita, nisi quid jure prohibeamur, ut in definitione posuimus. Accidit enim aliquando, ut hoc jus aut in totum dominis adimatur, aut, cum eorum maneat, tamen aliquatenus imminuatur. Quæ adimuntur in totum, aut simpliciter detrahuntur, aut transferuntur in alios. Prioris generis una est alienatio. Interdicitur alienatio tribus modis; testamento, pactione, lege. Testamento factæ interdictionis hæc vis, ut nisi nudum præceptum appareat, prorsus res (*h*) non alienetur. Pactionis hic (*i*) effectus, ut nihilominus alienari res possit, sed detur, aut condictio causa data causa non sec. aut actio ex stipulatu in id, quod interest. Lex, aut solam donationem prohibet, ut inter (*k*) conjuges, aut solam venditionem, ut in rebus immobilibus (*l*) curialium, aut absolute omnem (*m*) alienationem. Absolute interdicitur alienatio quatuor ordinibus. In primo ordine habita est ratio dominorum, qui alienare vetantur, quo in ordine sunt (*n*) hi: mentecaptus, pupillus, adolescens curatorem (*o*) habens, omnes, qui rebus suis superesse non (*p*) possunt, Ecclesia; filius quoque familias nihil ex rebus, quarum ususfructus patri quæritur, alienare invito patre potest. Secundus ordo est eorum, quibus alienatio interdicitur rei simul, & personæ domini caussa, qualis interdictio est in fundo (*q*) dotali, & prædiis propter nuptias uxori donatis. Tertius eorum est, ut alterius, puta Rei-

(*y*) *l.* 1. C. *unde vi l.* 3. *ff. de just. & jur.*

(*z*) *l. pen. & ult. ff. de publ. in rem act.* Nempe si quæstio sit de proprietate, nam in controversia possessionis interdum superior est, qui non est dominus, ut in interdictis Uti *possidetis*, utribi, & *quod legator*. §. 4. *Inst. de interd. l.* 1. *uti poss. l.* 1. *quod legat.*

(*a*) Adversus omnes, qui rem tenent, possident, & habent restituendi facultatem. *l.* 9. *l.* 23. *de rei vind. l.* 25. *de obl. & act.* & propter rei vindicationem ad exhibendum actio. *l.* 1. §. 3. *ff. ad exhib.*

(*b*) *l.* 7. §. 1. & *seq. ff. de cond. furt.* §. *ult. Inst. de obl. quæ ex del.* §. 14. *Inst. de act.*

(*c*) Id enim ejus proprium est, quo fruitur, atque utitur, teste M. Tull. 7. *epist. fam. pen.* Hinc ususfructus in multis casibus pars dominii esse dicitur. *l.* 4. *de usu*. & emolumentum rei continere. *l.* 66. §. *pen. de leg.* 2. *l.* 76. §. 2. *eod.* add. *l.* 58. *de V. O.* Ceterum ubi a dominio separatus est, pars amplius non est. *l.* 25. *de V. S.* Neque tamen displicet explicatio Conan. *lib.* 4. *c.* 6.

(*d*) §. 12. *Inst. de rer. div. l.* 16. *de serv. rust. præd.*

(*e*) Abjiciat, pro derelicto habeat, perdat. §. 40. & *seqq. Inst. de rer. div. arg. l.* 21. C. *mand.*

(*f*) *l. invitum*, 11. C. *de cont. emp.*

(*g*) De hisce remediis, & superioribus omnibus dicetur singulatim suis locis.

(*h*) *l.* 69. §. *pen. l.* 77. §. *libertis*, 27. *de leg.* 2. Vid. *sup. c.* 58.

(*i*) *l.* 3. C. *de cond. ob caus. dat. l.* 135. §. 3. *de V. O.* add. Rob. 3. *sent.* 24. Vaud. 1. *quæst.* 43.

(*k*) *Tot. tit. ff. & C. de don. int. vir. & ux.* Ratio prohibitionis est in *l.* 1. 2. & 3. *ff. eod.* add. Gom. ad *l. Tauri*, 50. & *trib. seq.*

(*l*) Nisi accedat decretum Magistratus. *l.* 1. & *ult.* C. *de pred. dec. lib.* 18.

(*m*) Illud tenendum, ubi lex inhibet alienationem, eam ipso jure nullam esse. *l.* 19. *de cur. fur. arg. l. non dubium*, C. *de legibus*.

(*n*) Ut cognoscere licet ex *l.* 1. & 10. *de cur. fur.* §. 2. *Inst. quib. ad l. c.* 1. *ff. de reb. eor.* Nov. 120. *l. ult.* §. 6. C. *de bon. quæ lib.*

(*o*) Cujus cum pupillo eadem causa est in reb. immobilibus, & quæ servando servari possunt. *dict. l.* 1. *de reb. eor. l.* 22. C. *admin. tut.* Cetera absque decreto alienare possunt, cum auctoritate tamen curatorum. Plura Gom. 2. *res.* 14.

(*p*) Sed existimo, hos, si majores sint vigintiquinque annis, cum auctoritate curatorum recte omnia alienare, nec ad eos pertinere. *d. l.* 22. qua minoribus propter infirmitatem judicii succurritur, quæ ratio in aliis cessat.

(*q*) *Tit. de fund. dot.* Adeo ut nec consentiente muliere obbligari, aut alienari possit. *pr. Instit. quib. ad lic.* De prædiis propter nuptias donatis est in Nov. 60. Nostris moribus contrarium observatur.

Reipubl. aut Civitatis causâ alienare prohibentur; id receptum in rebus ad juvandos hostes (r) pertinentibus, item in (s) materia destructarum ædium. Quartum ordinem vitium rei introduxit, ut ne res litigiosa (t) alienetur, idest, de cujus dominio judicium jam cœptum est, licet lis nondum sit contestata. Verbo alienationis generaliter interdictæ continentur ususfructus, emphyteusis, servitutes, pignus; his adde & usucapionis patientiam (u).

Quæ dominis detracta in alios transferuntur, ex his apparet tantum adimi dominis, quantum in alios transit. Sed cum hæc cognitio sit de iis, quibus aliquid ex jure dominicô tribuitur, quod genus supra a nobis positum est, dilata parumper hac quæstione, alterum illud exequamur, quomodo, salvis dominis partibus, libertas illa utendi dominis imminuatur. Oritur hæc imminutio, aut ex rerum communione, aut ex agrorum confiniis. Communio aut (x) societate contrahitur, aut sine societate incidit inter cohæredes, eosve, quibus res eadem legata, aut donata (y) est. Res communis ita est omnium; ut non sit solida singulorum, sed pro partibus tantum, iisque indivisis, & (z) confusis. Hinc impedimentum illud in commune parte sua libere utendi; cum nemo suam partem attingere possit, quin (a) simul attingat alienam. Ab hac communione discedere si qui velint, inter cohæredes est actio familiæ ereiscundæ, inter reliquos communi dividundo, nisi res (b) pactione privata transigatur. De finibus est actio finium regundorum. Appellantur tria hæc judicia divisoria, & adjudicationibus, condemnationibusque peraguntur (c).

CAPUT LXX.

Quibus modis dominium amittatur.

Diximus quomodo res acquiratur, acquisitæ quod sit jus, & quomodo conservetur; subjungamus breviter quomodo amittatur; id enim tertio loco & (d) veteres considerant, & nos descriptioni rerum privatarum † inseruimus.

Amittitur dominium, aut volentibus dominis, aut invitis. Dominis volentibus sola (e) alienatione, cujus species quatuor, (f) translatio, manumissio, delictum, usucapionis patientia. Invitis dominis dominium amittitur partim ex his causis, ex quibus ad alios transeunt. Prioris generis tria sunt rerum (g) genera; feræ bestiæ in libertatem sese recipientes, loca a mari occupata, thesaurus, sive depositio pecuniæ, cujus non extat memoria. De posteriori †† supra abunde dictum, ubi modos commemoramus, quibus res alienæ invitis dominis, nobis acquiruntur. Hoc solum nunc accedat, res a domino ob delictum aliquod ablatas in fiscum transferri (h) tribus modis; commisso, publicatione bonorum, item cum quid, ut indignis aufertur, & fisco vindicatur.

CAPUT LXXI.

De iis, qui cum domini non sint, jus tamen in re aliena habent.

Non solum dominis jus est in rebus privatis, & suis; sed etiam iis, qui domini non sunt, in rebus alienis. Jura hæc a dominio separata sunt quinque; jus emphyteuticum, seu agri vectigalis, jus superficiarium, jus bonæ fidei possessoris; pignus, seu hypotheca, servitutes. Ex his duo priora dominio sunt proxima, cetera longius ab eo recedunt.

Emphyteusis (i) duplex; ecclesiastica, & civi-

(r) De quib. vid. *l.* 2. C. *de commerc.* *l.* 22. ff. *de pub.* *l.* 1. & 2. C. *quæ res exp.* Menoch. *arb.* c. 595.

(s) Pœna in *l.* 52. *de cont. empt.* ratio in *l.* 2. Cod. *de ædif. priv.* Vid. tamen & Pac. 5. *quæst.* 6.

(t) Ab iis, qui de ea contendunt. *l.* 1. §. 1. ff. *de lit.* Cetera sunt in *l.* 1. *Auth. litigiosa*, Cod. *eod.* pœna in *l. ult.*

(u) *l. ult.* C. *de reb. al.* *l.* 28. ubi Gœp. de V. S.

(x) *l.* 1. §. 1. & *l.* 2. ff. *pro soc.* *l.* 2. *comm. div.*

(y) §. 3. & 4. *Inst. de obl. quæ quasi ex cont.* *l.* 25. §. 16. *fam. ercisc.*

(z) Quæ corpore nulla, sed intellectu constant. *l.* 5. ff. *de stip. ser.*

(a) Hinc est, quod negligi soleat quod communiter possidetur. *l.* 2. C. *quand. & quib. quar. par. lib.* 10. Aristot. 2. *pol.* 3.

(b) *l.* 12. C. *l. ult.* ff. *fam. ercisc.* Modo conventionem aut traditio sequuta sit, aut stipulatio ei accesserit. *l.* 8. Comm. *utr. jud.* *l.* 45. *de pact.*

(c) De quibus dicetur suo loco in *par.* 2. Inspiciatur interim obiter §. 20. *Inst. de act.* §. 4. & *trib. seqq. Inst. de off. jud.*

(d) Quo pertinet *l. ult. de leg.*

† Cap. 18. *supra.*

(e) Etiamsi in alium non transeat. *l. ult.* C. *de reb. al. non al.* Species subjectæ supra suis locis sunt expositæ.

(f) Vel inter vivos, vel ultima voluntate; & generaliter iisdem modis res nostræ esse desinunt, quib. acquiruntur. *l.* 1. ff. *pro derel.*

(g) Exposita itidem *sup.* c. 19.

†† Videlicet c. 24.

(h) Vid. *l.* 11. *pr.* & §. 2. *l.* 8. *l.* 14. *de publican.* *l.* 1. *bon. dam.* *l.* 2. *de pœn. tit.* ff. & Cod. *de his, quæ ut ind.*

(i) Latine insitio, sive plantatio: in usu veterum & ager vectigalis dicitur, a vectigali, quod pro eo penditur. *l.* 1. *si ag. vect.* id Justinian. canonem appellat. *l. ult.* C. *de jur. emph.*

civilis. Ecclesiastica (k) est, cum res Ecclesiæ immobilis ab œconomo, & aliis administratoribus causa cognita in emphyteusim datur. Civilem paulo laxius describamus. Ea (l) est jus in agris, & prædiis constitutum; quo ager alicui a domino tenendus, & fruendus datur in perpetuum, aut in longum tempus, certa pensione in in singulos annos constituta, ea lege, quamdiu pensio solvatur, tamdiu neque emphyteutæ, neque hæredi ejus, neque iis, ad quos hoc jus ab emphyteuta translatum erit, agrum vectigalem auferre dominus valeat. De hoc jure eadem illa tria, quæ in omni alio, cognoscenda; quomodo constituatur; constitutum quid contineat, quomodo amittatur. Constituitur emphyteusis ex quatuor causis definitione comprehensis. Prima tamquam efficiens, est persona constituentis; ea sic habet, ut non alius hoc jus constituere possit, quam prædii (m) dominus. Secunda, res tamquam materia, eam oportet esse (n) immobilem, sive soli, ut fundum (o), agrum. Tertia, forma, seu modus constituendi. Is duplex; aut enim usu nostro, & (p) longa possessione acquiritur; aut ab initio constituitur testamento, aut pactione. Testamento, ita si cui hoc jus (q) legetur, isque, cui legatum est (r), agnoscat. Pactione, si & (ſ) scriptura intervenerit, (t) traditio accesserit. Quarta, est finis; hic tria continet, jus (u) habendi fruendi, tempus (x), quod minimum decem annorum (y), pensionem. Constitutum est jus, quale id sit, & quid contineat videamus.

Versatur hæc quæstio circa commoda, & onera emphyteutæ. De commodis hoc primum statuemus, emphyteutam in hoc jure per omnia fere loco domini haberi. Patet hoc ex omnibus partibus dominii, quas emphyteutæ tamquam domino tribuimus, jus tenendi, possidendi, rei incolumitatem tuendi (z); utendi fruendi, ab ejus usu alios arcendi, alienandi denique, cum velit, potestatem, unde & † remedia ad singulas has partes tuendas eadem emphyteutæ constituta, quæ domino tribui diximus; in tantum, ut & adversus ipsum dominum utili rei vindicatione consistat. Cur igitur non habetur plane dominus? Impedit onus, idest, quod vicissim domino præstare debet; unde intelligitur, eum qui constituit, adhuc (a) dominum manere. Onus hoc aut in tota possessione, aut in alienatione. In possessione tota, annua (b) pensio; item publicarum (c) functionum apochæ, quas domino præstare (d) cogitur. In alienatione potestatis alienandi duplex imminutio; una ex persona accipientis, altera ex persona domini. Ex persona accipientis restringitur juris emphyteutici alienatio, ut non transeat ad eos, qui aut conventione emphyteuseos vetiti, aut ad solvendum non sunt (e) idonei. Ex persona domini, ut is duobus mensibus ante certior fiat; tum si velit, ipse emat; sin negligit, novum jam emphyteutam aut suscipiat intra alteros duos menses, acce-

---

(k) Sic eam definit Schneid. ad §. 3. *Institut. loc. mor.* 7.

(l) Descriptio sumpta ex *d.* §. 3. *Inst. de loc. l.* 1. & *seqq. ff. si ag. vect.*

(m) *dict.* §. 3. *l.* 2. & 3. Cod. *dict. titul. de jur. emphyt.*

(n) Quippe in rebus mobilibus nec cultura, nec meliorationes locum habere possunt.

(o) *Arg. tit. ff. si ag. vect. aut demum. Authen. si quis, C. de Sac. Eccl.* Quamvis forte minus proprie domus in emphytensim dari dicatur, cum in ædibus legi meliorationis non sit locus.

(p) Si eam decem annis inter præsentes, viginti inter absentes bona fide possederit, & canonem solverit. *argum. l. ult. in fin. Cod. de præsc. long. temp.* Ex communi DD. sententia anni requiruntur triginta, aut quadraginta, quod sequitur VVesem. in *parat* & Treutl. 1. *disp.* 29. *l.* 11.

(q) Cur enim minus emphytensis, quam dominium, aut ususfructus, aut servitutes, hoc modo constituatur?

(r) Ne invitus obligetur constitutæ pensioni. *argum. l.* 6. *de acq. her.*

(ſ) Quæ ad fidem rei gestæ, tamquam adjunctum necessarium exigitur. *l.* 1. *C. de jur. emphyt.* nempe ne testibus sublatis rei memoria pereat. Vid. *c.* 22. *lib.* 2. Jure nostro ad constitutionem emphyteuseos requiritur, ut fiat coram lege, ut loquuntur, doct.

(t) *Arg. l.* 10. *Cod. de pact. l. ult. ff. de serv. l.* 3. *de usufr.*

(u) Nec id pensionem solventi intra constitutum tempus auferri potest. *d.* §. 2.

(x) *Gloss. in l. ult. si ag. vect.* Ut autem detur in perpetuum magis est hujus contractus proprium; tempus enim ex accidenti est, & pacto, ut recte Jason. *in d. l.* 1. *C. de jur. emphyt.*

(y) Pensio maxime propria juris emphyteutici, sed quæ non ut in locatione, pro fructibus, aut pro portione fructuum constituitur, verum in recognitionem solvitur dominii. *l.* 2. & 3. *C. de jur. emph.*

(z) Atque hoc jus, non uti in usufructu, personale, sed ad hæredes transit. *d. tit.* §. 3. usque fere receptum, ut etiam nominatim hæredibus constituatur, de quo vide Clar. *d.* §. *q.* 30.

† Hæc, & quæ proxime præcedunt partim manifeste tradita in *d.* §. 3. *d. l.* 1. *si ag. vect.* partim certa ratione per comparationem minorum colligi possunt ex *l.* 3. §. *pen. de op. nov. nunc. l.* 13. §. 8. *de damn. inf. l.* 23. §. 8. *de aq. pluv. arc. l.* 2. & 8. §. 5. *si serv. vind. l.* 3. §. 1. & *seq. uti poss.*

(a) Sicut & perpetuo appellatur, eoque nomine distinguitur ab emphyteuta. *d.* §. 3. *d. l.* 1. & *seq. C. de jur. emphyt.*

(b) Cujus præstatione non liberatur, nisi totius rei interitu sequuto. *d. l.* 1. Nec igitur ob sterilitatem pensio remittitur, sicut merces in locatione. *l.* 15. §. 2. & *seq. loc.* quæ fructibus, pro quibus præstatur, pro portione respondet. D. Bronch. 1. *ass.* 84. quæstionis est an immunitas a præstatione pensionis præscribi possit? negat Gall. 2. *obs.* 73. cui assentior.

(c) Idest, pensitationum Reipubl. debitarum, quales sunt vectigalia, tributa, viarum public. refectiones. *l. penult.* & *ultim. Cod. de apoc. publ. l.* 10. Notum autem est, hæc a possessoribus præstari. *l.* 7. *de public.*

(d) Ut si fundus ad dominum redierit, similiter & ipse tutus sit.

(e) *d. l.* 3. *C. de jure emphyteutico.*

cepta quinquagesima parte (*f*) pretii, aut deinde nihil lucrans taceat (*g*).

Amittitur emphyteusis tribus; jure domini soluto, lege, quæ fundo vectigali dicta erat, commissa culpa emphyteutæ. Solvitur jus domini, cum qui ad tempus, aut conditionem dominus erat, constituit, & tempus, aut conditio (*h*) extitit. Lege fundi amittitur emphyteusis finitio eo (*i*) tempore, ad quod constituta est. De culpa emphyteutæ hoc cautum, ut si toto triennio elapso nec pensionem, nec apochas præstiterit, domino (*k*) volente, jus suum amittat; ex ceteris causis, quas eum præstare oportet, non præstitis, statim jure suo (*l*) cadat. Ecclesiastica (*m*) emphyteusis etiam intra biennium non soluto canone amittitur. Hæc omnia ita se habent, nisi secus quid (*n*) pactio privata suadeat.

Jus superficiarium est jus superficiei in alieno solo habendæ.

In constitutione superficiei quatuor item hæ (*o*) causæ concurrunt; prima, ut constituat is solus, qui soli dominus est; secunda, ut hoc jus sibi quis comparet in alieno solo; tertia, ut hoc, aut per locationem in longum tempus pensione constituta, aut per (*p*) emptionem, aut legatum superficiario acquiratur; quarta ut possidere superficiem, & uti frui liceat. Quamquam vero (*q*) jure naturali soli dominus, idem & dominus est superficiei; tamen utiles (*r*) actiones ad hoc jus tuendum superficiario competunt, tamquam domino, in tantum, ut libera omnino ei sit (*s*) alienatio. Quid hoc jus, & quale sit, ex his satis intelligitur. Amittitur aut superficiei (*t*) interitu, aut non soluta pensione, si locatio intervenerit, aut lege conventionis, aut denique jure domini soluto. Quæ duo paulo ante sunt exposita.

Bonæ fidei possessoris in re possessa aliena triplex jus est; jus possidendi, itaut & exceptione uti possit, vel interdicto Uti possidetis, & amissam possessionem actione Publiciana recuperare (*u*), modo ne adversus dominum, jus usucapiendi, ut per legitimi temporis possessionem eam rem suam faciat; jus fructus suos faciendi, eos ex re percipiendo. Sed hæc hactenus (*x*), ut domino, si velit interpellare, nihil noceant.

Pignus est res omnis pro debito creditori obligata. Constituitur aut auctoritate magistratus, aut domini consensu; sed de constitutione (*y*) nunc non quærimus. Jura creditoris in pignore duo; Jus possidendi, tenendive, item jus recte distrahendi. Jus possidendi hoc est, ut & retinere adversus omnes, & amissum pignus etiam a domino (*z*) actione hypothecaria in rem recuperare possit. Distractionis effectus hic, ut si pecunia non soluta id legitime (*a*) vendiderit, ipsum dominium in emptorem (*b*) transferat. Superioribus consequentia item duo; prius est, ut fructus ex re pignori obligata creditor percipiat, sed hactenus, ut perceptos in imminutionem debiti suos (*c*) faciat; posterius, ut ei liceat rem pignoratam rursus (*d*) creditori suo pignori dare. De servitutibus separatim, & diligentius cognoscamus.

CA-

(*f*) Vel æstimationis, si ex alia causa, quam emptionis jus suum emphyteuta alienaverit; laudemium vulgo vocant.

(*g*) Quæ omnia apertissime definita sunt in venditione. *d. l.* 3. At quid si velit emphyteuta jus suum gratis in aliquem conferre, aut cum alio permutare? iniquum fit Domino permitti, ut sibi donari, aut secum permutare postulet; ceterum tenebitur emphyteuta domino significare se donare, aut permutare velle, quo dominus novum emphyteutam accepto laudemio in possessionem suscipiat, juxta præscriptum *d. l. 3. in fin.* Jas. in d. *l. 3. col.* 14.

(*h*) *Arg. l.* 12. §. 1. *fam. erc.* Vulgatum est soluto jure dantis, solvi jus accipientis. *l.* 31. *de pign.*

(*i*) *l. ult. si ag. vect. d. l.* 31. *de pign.* sed numquid finito eo tempore, silentio utriusque censebitur renovata? Et in locatione ex conjectura tacitæ voluntatis hoc admissum est. *l.* 13. §. *ult. loc.* in emphyteusi vero similem conjecturam inducere in præjudicium domini grave est. Men. 3. *præs.* 85.

(*k*) *d. l.* 3. sed poterit ne dominus & canonem exigere, & simul emphyteutam expellere? Sic cum Don. statuit Bronch. 1. *ass.* 83. quod aliis duriusculum videtur. Jure can. celeri satisfactione moram purgare emphyteuta potest. *C. ult. ex loc.* Quod & nos sequimur, ita tamen; ut secundum qualitatem causæ, & personarum judicari soleat.

(*l*) Repellique a domino potest. *d. l.* 3. non equidem vi, contra *l.* 7. C. *und. vi.* sed jure, judicioque experiundo.

(*m*) *Auth. qui rem. C. de sac. eccl.*

(*n*) *d. l.* 3. *l. pen C. de pact.*

(*o*) Quæ nullo negotio colligi possunt ex *l.* 1. *ff. de superf.*

(*p*) Accedente vid. tradit. *arg. l.* 20. C. *de pact.*

(*q*) *l. ult. de superf.* §. 29. *Inst. de rer. div.*

(*r*) In rem. *d. l.* 1. §. 1. & in superficiem adversus dominum. §. 4. adversus vindicantem exceptio. *d.* §. 4. datur item interdictum de superficiebus. §. 2. & quæ remedia emphyteutæ.

(*s*) §. *pen. d. l.* 1. multoque magis usufructus, aut servitutis constitutio. §. 6. *&* *ult.*

(*t*) Puta si ædes corruerint, aut combustæ sint. *arg. l.* 5. §. 2. *quib. mod. us. am.* nec si dominus iterum in eodem solo ædificaverit, restituitur. *arg. l.* 10. §. 1. *d. tit.*

(*u*) *l.* 1. §. 4. *uti poss. l. pen. & ult. de publician.* §. 4. *Inst. de act.*

(*x*) Superiora exposita sunt *sup. c.* 22. *&* 25.

(*y*) Vid. *c.* 72. *lib.* 2. ubi pro instituto fusius de pignoribus disputamus.

(*z*) *l.* 17. *de pign.* Ab auctore Serviana dicitur. §. 7. *Inst. de act.*

(*a*) Quod ei licet *l.* 6. *& seq.* C. *de dist. pign.* §. 1. *Inst. quib. al.*

(*b*) Perinde ac si dominus ipse transtulisset *l.* 46. *de acq. rer. dom.*

(*c*) Quod autem debiti quantitatem excedit, reddat. *l.* 1. C. *de pign. act.* neque hoc tam in jure creditoris est, quam in necessitate obligationis. *l.* 2. C. *d. tit.* §. *ult. Inst. quib. mod. re cont. oblig.*

(*d*) Ut quantum apud se fuit, tantum in secundum Creditorem transferat. *l.* 13. §. 2. *ff. de pign. tit. Cod. si pign. dat.*

CAPUT LXXII.

De Servitutibus.

Servitutis vocabulum longe alio significato hic accipiendum, quam ea servitus, quæ est in homine, qui alieno juri subjectus est; hic enim servire res dicitur, non quæ domino suo servit, sed quæ non Domino quædam officia præstare (*e*) cogitur. Ea igitur sic definitur: Servitus est jus in re aliena alteri constitutum, quo dominus, quod huic alteri commodum sit, aliquid aut pati in suo, aut in suo non facere cogitur. Quatuor hac definitione complectimur. Primum dicimus, servitutem jus esse: sic enim definitur in omnibus suis (*f*) speciebus, & prædiorum servitutes passim (*g*) jura vocantur. Quod tamen non ita intelligi oportet, quasi eadem prorsus essent jura, & servitutes, sed ut relata inter se habeantur, & illa vim agendi, hæ patiendi significationem (*h*) habeant. In eo igitur, cui debet, servitus est, seu juris istius imminutio. Secundo, jus esse in re aliena; nemini enim res (*i*) sua servire potest. Tertio, jus non quo cogatur aliquis quid facere in suo, sed ut aliquid patiatur, aut non faciat; quæ (*k*) natura est omnium servitutum, si unam (*l*) oneris ferendi exceperis. Quartum finem continet, ut non sit servitus, quæ non constituatur commodi nostri causa (*m*).

Re cognita, videndum est de jure. De eo, ut de ceteris rebus nostris, triplex quæstio: quomodo constituatur: constitutum quid contineat, & quo pacto conservetur; postremo quomodo amittatur. Sed cum hæ partes pro variis servitutum speciebus etiam varient, initio proponenda est servitutum divisio. Servitutum duo sunt genera; quædam enim sunt personarum, quæ personis; quædam rerum, sive prædiorum, quæ debentur rebus, sive prædiis; sic enim (*n*) distinguuntur non a re, quæ servitutem debet, sed ab eo, cui debetur. Servitutum personæ genera sunt tria: ususfructus, (*o*) usus, & habitatio; quibus propter similitudinem quamdam adnumerari possunt operæ servorum.

CAPUT LXXIII.

De Usufructu.

Ususfructus (*p*) est jus (*q*) alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia. Constituitur ususfructus aut aliunde, aut usu, & possessione nostra nobis acquiritur. Aliunde constituitur aut lege, & jure ipso; aut alieno facto, & opera. Lege trifariam: primo patri in bonis adventitiis filii, quem in potestate habet, in quo duo singularia, quod & cautionis præstandæ, & rationis reddendæ necessitas patri remittatur, præter (*r*) normam ususfructus alii constituti. Secundo Patri emancipatori in dimidia parte bonorum adventitiorum filii emancipati, quorum usumfructum ante (*s*) totum habebat. Tertio, matri, liberis ex priore matrimonio superstitibus, ad secundas nuptias transeunti solus ususfructus acquiritur earum rerum, quas munificæ (*t*) liberalitatis intuitu ex bonis prioris mariti est adsequuta.

Alieno facto qui quæritur ususfructus, aut inter privatos constituitur, aut a judice. Ad rectam utriusque constitutionem tria requiruntur: persona, quæ jus constituendi habeat; res fructuaria, quæ usumfructum recipiat; legitimus constituendi modus. Eum, qui inter pri-

(*e*) Tamquam amissa naturali facultate præstandi omnia domino. Contra libera dicitur, quæ nihil alteri præstare cogitur, sed uni domino libere cuncta, & quasi ultro præstat *l. uti*, 90. *de V. S.* non male etiam VVesemb. ad *tit. Inst. de serv. n.* 2. 3. 4.

(*f*) In usufructu. *l.* 1. *de usuf.* itinere, actu, via. *l.* 1. *de serv. rust.* add. *l.* 2. *de serv. urb. Inst. pr. hoc t.*

(*g*) Ut in *Inst. tit. de reb. corp. in fin.*

(*h*) Proprie enim servitus nihil aliud est, quam juris imminutio. *l.* 5. §. *& belle, de op. nov. nunc.*

(*i*) *l.* 26. *de serv. urb. l.* 5. *si usur. pet.* nam quæcumque dominus facit in re sua, facit pro jure libertatis cuique domino concessæ. *l.* 33. §. 1. *de serv. rust.* & ibi Cujac. 9. *ad Afr.*

(*k*) *l.* 15. §. *ult. hoc tit.* nam cum dominus quidvis in re sua facere possit, alios autem facientes prohibere. *l.* 8. §. *Aristo. si serv. vind.* horum alterutrius privatio, aut imminutio, nec aliud quidpiam est servitus.

(*l*) Cujus proinde spuriam esse naturam ait Hot. 2. *am. c.* 17. vid. *c.* 78. *inf.*

(*m*) Aut certe voluptatis alicujus. *d. l.* 19. *l.* 3. *de aq. quot. & æst.* Etsi autem nulla præsens sit servitutis utilitas, sufficit tamen aliquando usui esse posse, atque ita accipienda est *l.* 19. *hoc tit.* uti Duar. *ibid.*

(*n*) In *l.* 1. *ff. eod. l.* 20. §. *ult. de serv. rust. l.* 32. *de usufr.* Divisionem autem Accursii, & DD. multis modis vitiosam esse recentiores plerique ostendunt.

(*o*) Sub usu comprehendimus quæcumque constituuntur ad usum personæ, non prædii ut in *l.* 8. *pr. hoc tit.* & prædiales omnes, si id nominatim actum, ut certæ dumtaxat personæ præstentur. *l.* 4. *de serv. rust.* Hæ tres servitutes nostrate lingua ita distinguuntur. *liiftocht*, *gebruik*, *bewoninge*.

(*p*) Extat definitio in *l.* 1. *ff. de usufr. & Inst. pr. eod.* de qua vid. Bronch. *miscell.* 1. 47. jus autem hic significat potestatem jure tributam, sicut perpetuo accipitur adjunctum verbis faciendi, ut monuimus in Aditu.

(*q*) Quia res sua nemini servit. *l.* 5. *si us. pet.* Constat autem usumfructum separatim hic definiri, quem formalem DD. appellant, veteres absolute usumfructum, qui non dominii pars, sed servitus est *l.* 25. *de V. S.* nam quod dicitur in *l.* 4. *ff. hoc tit.* usumfructum in multis casibus partem dominii esse, id per comparationem ceterarum servitutum dictum accipiemus, quæ nihil simile cum dominio habent: ut recte Conan. 4. *tom.* 6.

(*r*) *l.* 6. *& ult.* C. *de bon. quæ lib.* add. Pin. in *l.* 1. C. *de bon. mat. n.* 16.

(*s*) *d. l.* 6. §. *cum autem*, C. *de bon. quæ lib.* §. 2. *Inst. per quas pers. cuiq. acquirit.*

(*t*) Aut ex successione intestatorum liberorum prioris matrimonii. *l.* 3. *& auth. seq.* C. *de sec. nupt.* De patre secundam ducente uxorem quæsitum; sed & in totidem obtinere ex communi sententia testatur Boer. *decis.* 187. facit Nov. 127. c. 3.

privatos uſumfructum conſtituit, (u) dominum eſſe oportet: ab emphyteuta tamen, & ſuperficiario conſtitutus (x) utilibus actionibus defenditur. Res non omnes uſumfructum admittunt; quædam enim ſunt res, quæ uſu conſumuntur, quales ſunt res omnes, quæ pondere, numero, menſurave conſtant (y) ideoque nec naturali, nec civili ratione uſumfructum recipere poſſunt. Non naturali, quia ſubſtantia harum rerum, quam manere natura uſusfructus exigit, utendo conſumitur; non civili ob cautionem de re finito uſufructu reſtituenda. Ceterum utilitatis cauſa Senatus cenſuit poſſe harum rerum (z) quaſi uſumfructum conſtitui, remedio cautionis, quæ in corporum locum apud proprietarium ſuccederet, vique ipſa uſumfructum (a) repræſentaret. Itaque ſi pecuniæ, puta, aut vini, aut ſimilium rerum uſusfructus legatus ſit, ita dantur legatario, ut ejus fiant, & legatarius ſatisdet hæredi de tanta pecunia, aut rebus ejuſdem qualitatis, ſive, quod (b) tutius eſt, earum æſtimatione, uſufructu, morte, aut capitis deminutione (b) finito, reſtituenda. Quæ vero res uſu non conſumuntur, earum (d) omnium uſusfructus recte conſtituitur, ſi modo in iis utilitas, vel ornamentum quoddam, & (e) delectatio ſit. Modus conſtituendi inter privatos uſusfructus duplex: teſtamento, aut pactionibus. Teſtamento, ſi cui uſusfructus legetur, aut ſi alii uſusfructus, alii, deducto eo, (f) fundus. Pactionibus, ſi & idoneæ ſunt ad rem transferendam, & traditio, ſeu quod pro traditione cedit, uſus acquirentis, & patientia domini (g) acceſſerit. Illud hic notandum, uſumfructum & in diem, & ſub conditione, adeoque pro (h) parte rei, ſive diviſa, ſive indiviſa, quibuſcumque (i) verbis conſtitui poſſe, modo ex iis jus fruendi translatum eſſe intelligatur.

Judicialem uſumfructum conſtituit ſolus judex in duobus his judiciis: familiæ erciſcundæ, & communi dividundo. Conſtituit in iis dumtaxat rebus, quæ diviſionem commode non recipiunt. Conſtituit denique per adjudicationes, & condemnationes, quibus res ad æqualitatem revocetur (k).

Etiam uſu noſtro, & longa quaſi poſſeſſione uſumfructum acquirimus: perinde enim uſusfructus, & per idem tempus uſucapi poteſt, ac res omnes corporales, & reliquæ ſervitutes; veluti ſi quis non dominus uſumfructum nobis vendiderit, nos eum per legitimum tempus poſſederimus (l).

CAPUT LXXIV.

De Jure fructuarii, ac primum de commodis.

Deinceps acquiſitus uſusfructus quid contineat, & qua ratione conſervetur videamus. Conſtat jus fructuarii & commodis, & oneribus. Commoda fructuarii ſunt tria: rei poſſeſſio naturalis, adminicula uſusfructus; utendi fruendi jus; quorum hoc principale, priora illa per conſequentiam accedunt. Poſſeſſio rei naturalis eſt nuda rei detentio; eam, quamdiu uſusfructus durat, penes (m) fructuarium eſſe convenit, quippe ſine qua nec re uti libere, nec fructus percipere poſſit. Adminicula etiam uſumfructum ſequuntur; ea ſunt, ſine (n) quibus uſusfructus eſſe non poteſt; ut iter ad fundum,

(u) Utpote qui ſolus jus illud prius habuit, quam a proprietate ſepararetur. §. 1. *Inſt. hoc tit. l. 5. ſi uſ. pet.*

(x) *l. 1. pr. quib. mod. uſ. am. l. 1. §. 6. & ult. de ſuperf.*

(y) §. 2. *Inſt. hoc tit.* in quo genere rerum numerantur & veſtimenta. *d.* §. 2. in quibus tamen naturalem eſſe uſumfructum traditur in *l. 15. §. 4. ff. eod.* Hot. *d.* §. 2. de veſtimentis quotidianis accipit, §. 4. de ſcenicis, & ſimilibus, quorum rarus eſt uſus. Quod quamvis non caret difficultate, tamen ita judicatum eſſe refert Theſſaur. *deciſ.* 80.

(z) Nec enim naturalis ratio auctoritate Senatus commutari potuit. *d.* §. 2. *l. 5. & 2. ff. de uſ. ear. rer.*

(a) Unde apparet, cautione non interpoſita, nullum harum rerum uſumfructum conſtitui poſſe, ne accidens aliquod fingatur ſine ſubjecto, cui jam & hoc conſequens, ut ne a teſtatore quidem remitti poſſit. *l. 1. C. hoc tit. l. 6. ut in poſſ. leg.* quæ & vulgo recepta ſunt.

(b) *l. 7. ff. hoc tit.* ut obviam eatur contentioni, quæ de rei qualitate incidere poſſet.

(c) Conditio, quæ hanc reſtitutionem a mutuo ſeparat, ſingulare autem eſt in quaſi uſufructu, ut tantum duobus hic caſibus finiatur. *l. 9. & 10. de uſ. ear. rer.*

(d) Corporalium ſcilicet: jus enim hoc dicitur eſſe in corpore. *l. 2. ff. hoc tit. inſt. eod. in pr* non viæ, itineris, &c. quia ſervitus ſervitutis conſtitui non poteſt. *l. 1. de uſu. leg.*

(e) Exempla in *l. 28. l. 41. ff. hoc tit.*

(f) §. 1. *Inſt. l. 3. pr. & l. 6. ff. eod. l. 4. ſi uſ. pet.* quod ſi autem uni uſusfructus, alteri fundus ſimpliciter, ambo in uſumfructum concurrunt. *l. 3. §. ult. de uſ. acc. l. 19. de uſ. leg.*

(g) *d. §. 1. d. l. 3. hoc tit.* junct. *l. 1. in fin. de ſervit. ruſt.* Teſtamento autem relictus traditionem hæredis non deſiderat, ſed ſtatim vindicari poteſt. *l. 10. de uſ. leg.* quod tamen diſplicet Fab. 65. *err.* 2.

(h) *l. 4. hoc tit. l. 1. §. 9. ad leg. Falc.* utrumque contra in ſervitutibus prædiorum. *l. 4. & 11. de ſerv.* Differentiæ rationem infra indicabimus.

(i) Uſusfructus, an fructus legetur nihil intereſt. *l. 14. §. 1. de uſur. & hab.* Quid ſi legentur fructus, aut reditus annui? Perinde hoc accipiendum ex mente teſtatoris, ac ſi uſusfr. legatus eſſet. *l. 20. hoc tit. l. 41. de uſ. leg.* nec obſtat Scæv. in *l. 38. d. tit.* aut in *l. 58. §. 1. hoc tit.* Vid. Pin. ad *l. 1. C. de bon. mat. par. 2. n. 12. & ſeq.* Conan. 4. *tom.* 3.

(k) Quæ omnia ſunt in *l. 6. §. 1. hoc tit. l. 6. §. pen. com. div. §. 4. & 5. Inſt. de off. jud.* Illud notandum, quod traditur in *l. 16. §. 1. fam. erc.* ſi judex alii fundum, alii uſumfr. adjudicaverit, non communicari uſumfr. aliter atque ſi ita legetur. *l. 19. d. uſ. leg.* hoc ideo; quia in judiciis diviſoriis hoc agitur, ut a communione diſcedatur. *l. 1 fam erc.*

(l) *l. ult. in fin. C. de praeſcr. long. temp.*

(m) *l. 12. princ. l. 49. de acquir. poſſ.* Vid. *ſup. c. 25. & ſeq.*

(n) *l. 1. §. 1. & ſeq. ſi uſ. pet. l. 30. hoc tit.* de uſufr. adeo ut quamvis teſtator adjecerit, ne ea ab hærede præſtentur, nihilominus præſtari debeant. *d. l. 1. §. 1. ſi uſ. pet. l. 1. de ad. leg.*

dum, servitutes, quæ ad fruendum necessariæ. In jure utendi fruendi tria spectanda: cujus rei ususfructus videatur constitutus; uti frui quid; modus fructus acquirendi. Prima quæstio in usufructu omnium bonorum non habet locum; sed singularum rerum, puta ædium, aut fundi usufructu legato, quæri potest quid appellatione harum rerum contineatur. Et sciendum est quatuor rerum genera contineri: primo (o) partes omnes, etiam quæ postea (p) accesserunt; secundo quæcumque rei fructuariæ causa habentur, ut (q) instrumenta; tertio feras bestias, quæ in fundo (r) stabulantur, & pascuntur; postremo si ager est, unde palo in fundum, cujus ususfructus legatus est, solebat paterfam. uti, vel salice, vel harundine, placet fructuarium (s) hactenus uti posse, ne ex eo vendat.

Uti, est rem tractare, & exercere ad commoditatem, & usum nostrum, quatenus ad eam comparata est natura, aut patrisfam. instituto. Ædibus igitur utendum, ut ædibus ad inhabitandum; cœnaculis, ut cœnaculis, ceteris rebus secundum suam (t) conditionem. Fructus est quidquid ex re recte (u) percipitur. Fructuum (x) genera duo: naturales, & civiles. Naturales sunt, qui natura proveniunt, quæ nascantur ex re, sive re ipsa contineantur, ut fodinæ. Fructuum naturalium duplex item (y) consideratio: aut enim natura sola; & sponte magis proveniunt, ut poma, lignum, fœnum; aut natura quidem adjutrice, ceterum facto magis, & industria hominis; unde & industriales dici postea cœperunt; ut segetes, vinum, oleum, legumina. Ac utriusque quidem generis fructus ad fructuarium (z) pertinent, sed quatenus ex eo usu, ad quem res parata est, percipiantur; quo temperamento hæc quatuor hinc removentur: partus (a) ancillarum, arbores grandes, & (b) frugiferæ, sylva (c) non cædua, venatio, nisi fructus fundi ex venatione (d) constet. Sane ex sylva non cædua (e) materiam succidere, quantum ad villæ refectionem, & in vineam sumere usufructuarius non prohibetur. Cœduam vero ita cædere potest, sicut paterfam. cædebat; potest & vendere quod ceciderit, licet paterfam. non solebat (f) vendere. Demortuæ arbores ad fructuarium pertinent; vi ventorum dejectæ ad (g) proprietarium; ut tamen ex his etiam tantum ferat fructuarius, quantum ad usum ejus, & villæ opus sit, non amplius.

Fructus civiles sunt, qui non ex (h) corpore rei, sed extrinsecus per rei occasionem percipiuntur; & hi non minus ad fructuarium pertinent, quam naturales. Sunt autem trium generum; quod percipitur ex (i) operis servorum; quod ex actione rei nomine (k) consequimur, cui locus est in actione damni infecti, commodum traditionis rei fructuariæ in alium collatæ, ut pretium venditionis, locationis merces; nam & (l) vendere rem fructuarius potest, & fruendam (m) locare; potest & gratis alicui concedere, & (n) pignori dare, quo aut beneficii sibi debitorem acquirat, aut pecuniam mutuam inveniat.

Mo-

(o) Ut in ædium usufructu continentur areæ, horti, cellæ. *l.* 8. §. 1. *ff. de usufr. & quem.* quæ partes sint ædium, declaratur in *l.* 13. §. *ult. & ll. seqq. de act. emp.* In usufr. fundi præter vites, & arbores, lapidicinæ, arenæ, fodinæ metall. *l.* 9. *pr. &* §. 2. *hoc tit.*

(p) Puta refectiones postea factæ. *d. l.* 7. §. 2. item incrementum alluvionis, non autem insula juxta fundum enata. *d. l.* 9. §. 4. ubi & ratio.

(q) *dict. l.* 9. §. *ultim.* quæ sint, docetur in *l.* 8. *de Inst. leg.*

(r) Apes quoque, quæ in fundo sunt. *d. l.* 9. §. 1. & §. 5.

(s) Quod ex usu, & destinatione patrisfam. æstimandum. *d. l.* 9. §. *ult.*

(t) Quod explicatur in *l.* 13. §. *ult. & l.* 15. §. 1. *eod.*

(u) Omnis obventio, omne commodum, quod vel ex eo nascitur, vel per causam rei percipitur. *l.* 9. 59. §. 1. *eodem.*

(x) Distinctio sumpta ex definitionibus Papin. in *l.* 62. *in princ. ff. de rei vind.*

(y) Vid. quæ scripsimus, & notavimus sup. *cap.* 12.

(z) *d. l.* 6. *pr. &* §. 2, *l.* 25. *pr. &* §. 1. *l.* 28. *de us.* §. 36. *& seq: Inst. de rer. div.*

(a) *l.* 68. *hoc tit.* quia ancillæ ad hoc non habentur, ut pariant. *l.* 28. *de her. pet.* Alia ratio, sed huic loco minus conveniens est in *d. l.* 28.

(b) *l.* 11. *& l.* 13. §. 4. *hoc tit.* quippe quæ non habentur, ut succidantur, sed aut ad fructum ferendum, aut ad ornatum, umbramve præstandam.

(c) Aut quæ ut cædua a domino non est habita. *d. l.* 9. §. *ult.*

(d) *l.* 26. *de usur.* Nec alia sententia est §. 4. *d. l.* 9. in re dubia utemur distinctione: *l.* 62. *eod.* plane feræ libere vagantur, eas etiam cuivis capere licet juxta reg. juris gent. *l.* 3. *de acq. rer. dom.*

(e) *l.* 10. *hoc tit.* Ex cædua vero, tametsi paterfamil. eam cædere non solebat, etiam pedamenta, & ramos. *d. l.* 10.

(f) Non enim cogitur eodem modo uti. *d. l.* 9. §. *ult.* Est autem sylva cædua, quæ excisa ex stirpibus, aut radicibus renascitur, & simul in hoc habetur, ut cædatur. *l.* 30. *de V. S. d. l.* 9. §. *ult.*

(g) *l.* 12. *in pr.* junct. *l.* 18. *hoc tit.*

(h) Ideoque proprie fructus non sunt. *l. usura,* 121. *de V. S. l.* 62. *de rei vind.* quia tamen per causam rei percipiuntur, pro fructibus habentur. *l.* 36. *de usur.*

(i) *l.* 4. *de op. serv.* maxime accedat res fructuarii. §. 4. *Inst. per quas pers.* aut f. quid servo contemplatione fructuarii donetur. *l.* 22. *hoc tit.*

(k) Ea est possessio vicinar. ædium, & ex 2. decreto dominium. Vid. *l.* 7. §. 1. *hoc titul. l.* 13. §. 8. *de damn. inf.*

(l) *l.* 12. §. 2. *hoc tit.* §. 1. *Inst. de us. & hab.* Non ipsum quidem jus, quod personæ cohæret, & cum ea finitur. §. 3. *Inst. hoc tit.* sed perceptionem fructuum, & utilitatem, ut fruatur quidem emptor, sed ex persona fructuarii. *arg. l.* 38. *eod.* add. Bronch. 1. *as.* 91.

(m) *d. l.* 12. §. 2. cum distinctione tamen. *l.* 16. §. 5. *eodem.* Quæsitum memini, an usufruct. finito locationi stare cogatur proprietarius? Quod omnino negandum est. *argum. l.* 9. *Cod. de locat. l.* 85. *& similibus, ff. d verb. obl.*

(n) *l. fructus,* 72. *de R. J.* proprietatem tamen pignori dare non potest. *l.* 6. *C. hoc tit.*

Modus acquirendi est in perceptione. Percipi fructus dicuntur, naturales cum a solo, aut re separati sunt; puta spica, aut fœno cæso, aut uva adempta, aut excussa olea; in animalibus lana detonsa, lacte mulso, fœtu (o) edito. Neque tamen statim atque a solo quoquomodo separati sunt, fructuarii fiunt, uti bonæ fidei possessoris, ejusve, qui agrum vectigalem habet; sed fructuarius non aliter dominus fructuum efficitur, quam si (p) ipse eos perceperit: cui consequens est, ut, licet maturis fructibus, nondum tamen perceptis, decesserit, ad hæredes ejus non (q) pertineant. Civiles fructus aut ipso jure acquiruntur ex operis servorum, aut facto fructuarii; puta re (r) vendita, aut locata. Neque tamen tota merces annuæ locationis cedit fructuario, sed pro parte tantum ejus temporis, quo conductor fruitus est, nisi fundus sit, cujus fructus semel, & uno tempore colligere potuit (s).

Hæc fructuario concessa; duo illa adempta (t), proprietas, & consequenter jus in corpore, & substantia rei; unde est, quod nec (u) consumere rem fructuariam potest (loquimur de usufructu vero) nec (x) transformare, aut rei qualitatem paulo magis immutare (y) tametsi meliorem domini causam faciat, nisi hoc fructuum percipiendorum (z) gratia ei concedatur.

CAPUT LXXV.

Remedia fructuarii prodita juris sui conservandi causa.

Nunc locus esset dicendi de oneribus, nisi intercederet superioris juris conservatio. Remedia igitur hic varia pro impedimentis, quæ objiciuntur, fructuario constituta. Impedimenta aut sunt præsentia, aut futura. Præsentia aut in eo, quod alius possidet, aut quod possidenti fructuario objicitur, quominus libere utatur. Si alius possidet, competit ei actio in rem confessoria, qua rem a possessore vindicabit, dejectus Interdicto unde vi (a) experitur. Possidentem fructuarium, aut dominus uti frui prohibet jure proprietatis, puta si servitutem rei fructuariæ imponere, aut quia alia ratione conditionem fructuarii deteriorem facere velit, quorum (b) nihil illi facere jure licet, aut extraneus nullo jure proprietatis manu, aut opere facto. Manu, si quis fructuarium prohibeat (c) ea facere, sine quibus uti frui non potest; opere facto, ut si quis ædificium in fundo posuerit, fossam foderit. Priore casu prodita est eadem (d) actio confessoria, posteriore etiam interdictum (e) quod vi, aut clam. Impedimentum futurum metuitur ab opere novo, cujus nunciatio (f) procuratorio nomine fructuario permissa, aut ab ædibus ruinosis, remedium hic damni infecti (g) stipulatio. Unum autem omnium in commune remedium est actio confessoria, quæ cum sit præcipuum fructuarii præsidium, de ea jam cognoscamus.

Actio (h) confessoria est actio in rem, quæ de

(o) *l.* 13. *quib. mod. us. l.* 28. *de usur. l.* 78. *de rei vind.*

(p) Aut ejus nomine alius. *d. l.* 13. alioqui non prius ejus fiunt, quam eorum possessionem nactus sit. *l.* 12. §. *ult. hoc tit.*

(q) Quavis maxima parte anni steterit ususfr. *d. l.* 13. §. 36. *Inst. de rer. div.* contra percepti etiam immutari. *l.* 48. §. 1. *hoc tit.* pleno jure fructuarii fiunt, & ad hæredes transeunt. *d. l.* 13. *d. l.* 28. *de usur.* quamvis minima parte primi, aut postremi anni steterint. *l.* 27. *l.* 58. *hoc tit.* Aliud servatur in fructibus rei dotalis, qui pro oneribus matrimonii ad maritum pertinent. *l.* 7. *ff. l.* 20. *C. de jur. dot.*

(r) Venditi ususfr. pretium fructuario cedit etiamsi ne uno quidem anno ususfr. steterit. *l.* 38. *hoc tit.*

(s) *l.* 26. junct. *l.* 58. *hoc tit.* Agri antea locati pensiones domino debentur, nisi in usuf. constituendo specialiter comprehensum, ut fructuario præstarentur; ceterum eo omisso potest fructuarius conductorem expellere. *l.* 59. §. 1. *eod.* ad exemplum venditionis. *l.* 9. *C. de loc.*

(t) Proinde nec rem alienare, nec mancipia manumittere, nec proprietatem oppignorare potest. *l.* 6. §. 11. *C. hoc tit.*

(u) Quod pugnat cum natura ususfr. §. 2. *Instit. hoc titulo.*

(x) Exempl. in *l.* 13. §. *ult. l.* 15. §. 1. *eod.* tueri enim debet quod accepit, novum facere non potest. *l.* 44. *eod.* quod adeo verum est, ut nec ædificium inchoatum consummare possit. *l.* 61. §. 1. *eod.*

(y) *l.* 7. §. *ult. & l. seq. eod.* quod latius declaratur in *d. l.* 13. §. 4. 5. & 7. & in *d. l.* 44.

(z) Aut rei tuendæ, quo ea salva liberius fruatur: ut puta ædes reficere, vitioso pariete dejecto novum facere, lapidicinas, & fodinas exercere, novas quoque instituere, ædificium ad fructum percipiendum ponere. *d. l.* 7. §. *ult. d. l.* 13. §. 4. & *seqq.*

(a) *l.* 5. §. 1. & *ultim. si us. pet. l.* 3. §. 13. *unde vi.*

(b) *l.* 15. §. *ult. & l. seq. de usuf.*

(c) Puta ædes reficere, agrum colere, & similia. *l.* 11. *C. und. vi. l.* 25. *ff. de act. empt.*

(d) *l. pen.* §. *ult. si us. pet.* Quid si prohibeatur importare quæ sunt ad refectionem necessaria? Videbitur prohiberi reficere. *l.* 4. *ff. de it. act. priv.* Quid si servitute prædio debita uti? Vindicabit ususfr. ac per hoc consequitur, ut vicinus eum patiatur ire agere. *l.* 1. *in pr. si us. pet. l. pen.* §. 1. *eod.* atque hoc effectu inspecto verum est quod dicitur in *l.* 1. §. 4. *de remiss.*

(e) In id, quod fructuarii interest. *l.* 15. §. 8. *quod vi, aut clam, præter confessoriam, l.* 1. *in fin. de op. nov. nunc.*

(f) *d. l.* 1. §. *ult. d. l.* 1. §. 4. *de remiss.*

(g) Quo remedio etiam suo nomine uti potest. *l.* 13. §. 7. *de damn. inf.*

(h) Sic dicta ad discretionem negatoriæ, de qua *C. seq.* in rerum corporalium vindicatione, verbo confessoriæ non utimur, quia nulla in iis est actio negatori. Rationem vid. apud Theop. §. 2. *Inst. de act.*

de ſervitutibus, & maxime de uſufructu competit ei, qui ſervitutem aliquam ſuam eſſe (*i*) aſſerit. Hujus actionis explicatio, ut ex ceterarum in rem, quatuor deſiderat: cui detur hæc actio, adverſus quem, quid intendat, & in eo quodnam ſit officium judicis. Competit ei, qui uſumfructum habet, qui poſſideat, ſive (*k*) non, quamvis actio in rem de re corporali nunquam ultro (*l*) poſſidenti detur. Competit adverſus eum, qui rem poſſidet, vel pro poſſeſſore habetur, itemque adverſus eum, qui fructuarium libere uti frui (*m*) non patitur. Intentio hæc, ut aut reſtituatur res, ſi ab alio poſſidetur, aut ne amplius uſus ejus (*n*) impediatur. Officium judicis in eo, ut fructuario intentionem ſuam probante adverſarium ſententia ſua condemnet; niſi forte ſine dolo poſſidere (*o*) deſierit, qua ſententiâ duo complectetur (*p*), declarationem juris fructuarii, & eam ipſam condemnationem. Condemnationis tria capita. Primum eſt de re reſtituenda, ut ſi poſſeſſor eſt reus, rem reſtituat; ſi poſſidenti vim facit, deſiſtat: non parens, ſi quidem dolo malo, quanti adverſarius in litem juraverit; ſi ſine dolo, quanti res eſt (*q*), damnetur. Alterum eſt de damno, ut ſi quid nocivum eſt fructuario; dum uti frui prohibetur, damnetur in id, quod (*r*) intereſt, damnum datum non eſſe. Tertium omnem cauſam, quæ litem conteſtatam ſecuta eſt, continet, ut & (*ſ*) fructus in condemnationem veniant, ſi non (*t*) poſſeſſor eſt qui agit.

CAPUT LXXVI.

Onera fructuaria in re fructuaria, tum remedia ad ea exigenda proprietario propoſita.

ONera fructuarii ſunt præſtationes, quæ ei pro commodis proprietarii imponuntur. Hæc aut in non faciendo, aut in faciendo. In non faciendo, ut ne re fructuaria contra conditionem rei abutatur; neve quid faciat, quod quivis extraneus facere prohibetur. Hinc adverſus delinquentem (*u*) actiones injuriarum, furti, damni ex lege Aquilia, interdictum quod vi, aut clam; quæ in faciendo ſunt, gravius onerant; ea quatuor, ut rem tueatur; rei onera ſuſtineat, finito uſufructu reſtituat quod inde extabit; horum omnium nomine caveat cum ſatiſdatione. Tueri eſt rem, quæ eſt in ſuo ſtatu, conſervare, quatenus per curam, & reparationem fieri poteſt. Tuitio hæc duas partes habet, quarum utraque definitione continetur: una eſt in cura, & diligentia rei ſervandæ adverſus imminentia pericula tali, qualem (*x*) diligens paterfamilias ſuis rebus adhibere ſolet; altera in iis, quæ vitii aliquid contraxerunt (*y*), conſarciendis, & reparandis ſumptu † fructuarii; puta ſi quid reficiendum eſt, ut ſarta (*z*) tecta præſtet, animalia ægrota curet, gregem (*a*) ſuppleat, in locum arborum (*b*) demortuarum alias ſubſtituat; recte enim colere, & quaſi bonus paterfamil., uti debet; ſecundo onera omnia prædiorum agnoſcere (*c*) cogitur, ut tributa vectigalia, penſitationes publicas, quæ prædiis imponuntur; niſi eorum præſtatio hæredi (*d*) nominatim injuncta ſit. Tertium onus fructuarii eſt

---

(*i*) Quod ex re petita, & ſententia verborum magis, quam ex figura orationis æſtimandum, ut recte Don. ad dict. §.

(*k*) *l. pen. in pr. & §. ult. ſi uſ. pet.* ſicut jus eſt in ceteris quoque ſervitutibus *d. §.* 2.

(*l*) *d. §.* 2. ſufficit enim quod poſſideat. *l.* 1. *§.* 6. *ff. uti poſſ.* In ſervitutibus non ſufficit, quippe quarum poſſeſſio natura nulla, ſed uſus tantum, qui varie impediri poteſt etiam poſſidenti, ac proinde non obſtat §. 4. *Inſt. de interd.* Don. *d. loc.*

(*m*) Iſta ſunt in *d. l. pen. §.* 1. *& in l. ult. ſi uſ. pet.*

(*n*) Ut fruendi libera facultas relinquatur fructuario. *l.* 3. *& d. l. pen. §. ult. eod.*

(*o*) *l. ult. eod.* aut poſt litem conteſtatam finitus ſit uſusfr. quo caſu de præteritis fertur *d. l. pen. §. ult.*

(*p*) *l.* 8. §. 4. *ſi ſerv. vind.* ut in reb. corporal. *l.* 35. *§.* 1. *de rei vind.*

(*q*) *l. qui reſtituere,* 68. *d. tit. de rei vind.*

(*r*) *l.* 1. *in fin. de op. nov. nunc.*

(*ſ*) Non tantum quos percepit reus, ſed & quos percipere potuit, ſive petiti ſint, ſive non petiti. *d. l. pen. §. ult. l.* 20. *de rei vind.*

(*t*) *d. l. pen. §. ult.* alioqui ſibi imputare debet, quod fructus non perceperit.

(*u*) *l.* 13. *§.* 2. *l.* 66. *h. tit. de uſufr.* Plane ſi res deterior facta eo uſu, ad quem parata eſt, non tenebitur fructuarius, exempl. in *l.* 9. *§. pen. uſufr. quem cav. l.* 22. *§.* 1. *hoc. tit.*

(*x*) *l.* 65. *in pr. ff. de uſuf. l.* 1. *in fin. & l. ſeq. ff. uſufr. quem. cav. arg. l.* 6. *§.* 2. *comm. præd.*

(*y*) *l.* 7. *C. hoc tit. de uſufr. l.* 7. §. 2. *&* 3. *l.* 13. §. 2. *l.* 18. 45. 64. *& ſeq. l.* 68. *ff. eod.*

† Juxta reg. naturæ *l.* 10. de R.J. junct. *l. un.* §. 4. *in fin. C. de cad. toll.*

(*z*) Nec enim quævis refectio ad fructuarium pertinet; nam ſi ædes vetuſtate, aut vitio operis ſine culpa ejus corruerint, non tenebitur reficere. *dict. l.* 7. §. 2. reliqua autem, quæ ad tutelam pertinent, ita facere tenetur, niſi paratus ſit uſumfruct. derelinquere. l. 64. *eod.*

(*a*) Non utique de ſuo; ſed ex capitibus agnatis. *l.* 68. §. 2. *eod.* quod ſi non gregis, aut univerſitatis uſuſf. nomine collectivo relictus ſit; nihil ſupplere cogitur. *l.* 70. §. 3. *eod.* Rationem varietatis explicat Conan. 4. 2. ſed ne tunc quidem cum gregis uſufr. legato, capita non demortua, aut vitio corporis inutilia facta ſunt, ſed vi externa perierunt. *arg. l.* 59. *eod.* Effectus ſummiſſionis hic, ut demortua fiant fructuarii ex natura uſuſf. ſubſtituta ſtatim acquirantur domino. *leg.* 69. *eod.*

(*b*) Non vi everſarum. *l.* 59. *eod.*

(*c*) *l.* 7. §. 2. 27. §. 3. *eod.* Ratio peti poteſt ex *l.* 7. *de publican.*

(*d*) *l.* 52. *hoc tit.* quod eo pertinet, ut ſi quid fructuarius eo nomine præſtiterit, id ab hærede poſſit repetere; etenim jus fiſci privatorum facto convelli non poteſt. *l.* 42. *de act.*

est ex tacita conventione, ut cum ususfructus ad eum pertinere desierit, quod inde extabit restituat his, ad quos rediturus est. Quartum est cautio fructuaria, ad domini proprietatis securitatem introducta (*e*).

Cautionis hujus explicatio sex quæstionibus continetur: an omnes caveant; qualis sit hæc cautio; quis caveat, cui; quid cautione contineatur; quis cautionis effectus. De prima sic statuendum: ad omnem (*f*) omnino usumfructum, omnemque fructuarium cautionem pertinere, in tantum, ut ne a testatore quidem (*g*) remitti possit. Excipiuntur tamen duo (*h*); pater in usufructu adventitiorum, item is, cui usufructu pure legato, proprietas ex die (*i*) debetur. Talem hanc cautionem esse oportet, ut & (*k*) satisdatio fidejussoribus datis accedat. Tertio his cavere debet, ad quem ususfructus pertinet: si ad usuras, singuli pro sua parte, excepto eo, qui rogatus est suam partem (*l*) restituere. Quarto ei cavendum est, ad quem finitus ususfructus (*m*) rediturus videtur, hæredi, si proprietas legata non est, si legata est pure, legatario; si sub conditione, utrique; si duobus ejusdem fundi ususfructus legatus est, & invicem sibi cavere debent, & simul (*n*) hæredi. Quinto habet hæc cautio duas (*o*) causas; unam de usu, alteram de restitutione, ac de utroque cavere usufructuarium oportet, & usurum se boni viri arbitratu, quæ clausula superiora omnia, cautione, & restitutione excepta (*p*) complectitur, & cum ususfructus ad eum pertinere (*q*) desinet, restituturum quod inde extabit, quibus verbis & res ipsa, &, si culpa fructuarii perierit, aut deterior facta sit, æstimatio (*r*) continetur. Effectus cautionis hic, ut fructuario quid contra, quam officium ejus postulat, faciente, prior stipulatio (*s*) sæpius etiam committatur in id, quod (*t*) interest proprietarii, frequens ita demum, si ususfructus quoquomodo (*u*) finitus erit. Ex hac tamen parte actio interdum inutilis constituitur aut ipso jure, aut per exceptionem. Ipso jure, si proprietarius proprietatem (*x*) alienaverit; ope exceptionis, si testator eam in alium transtulerit (*y*).

Porro ad superiora onera exigenda prodita & proprietario sua remedia. Si fructuarius rem non ut oportet, exerceat, si quidem damnum datum est, competit proprietario (*z*) actio ex stipulatu ex priore clausula cautionis fructuariæ, præter ea (*a*) remedia, quæ adversus ceteros comparata sunt, qui rem alienam deteriorem fecerunt; sin minus, rem (*b*) vindicabit; si negligentia fructuarii arguatur, ex eadem parte (*c*) cautionis damnum farciet. Finito usufructu, altera illa stipulatio (*d*) committitur, sed & omisso cautionis remedio, res vindicari, & possessio (*e*) condici potest. At quid si fructuarius non caverit? quo modo cautio ab illo obtinebitur? nondum tradito usufructu, petens exceptione cautionis non præstitæ (*f*) removebitur; tradito, poterit proprietarius rem (*g*) vindicare, aut stipulationem (*h*) condicere. Quid si omnino neget proprietarius usumfructum se debere, actione negatoria ultro experiri potest, quæ est altera de servitutibus actio, proposita domino (*i*) neganti se servitutem debere. Datur hæc

actio

(*e*) *l. 1. ff. usufr. quem. cav. l. 13. de usuf.*

(*f*) Quocumque modo constitutum *d. l. 13. l. 1. §. 1. & 2. l. 9. §. 1. usufr. quem. cav. l. 29. de us. l. 4. C. hoc tit.*

(*g*) *l. 7. C. ut in poss. leg.* ne amoto cautionis metu invitetur ad delinquendum; sententia, & ratio commun. Clar. §. *testam. q.* 64. Gail. 2. *obs.* 145. ceterum ab hærede remitti posse vulgo existimant. Putarem tamen remissionem non obstare hæredi, quominus cautionem postea ex causa exigat, nam & hic eadem ratio locum habet, eoque jure utimur.

(*h*) *l. ult. §. 4. in fin. C. de bon. quæ lib.*

(*i*) Ex sententia edicti, quia certum est proprietatem ad eum perventuram. *l. 9. §. 1. usuf. quem. cav.*

(*k*) *l. 7. d. tit. l. 13. ff. l. 4. C. de usuf.* ac nisi præstetur denegabitur actio. *d. l. 13.* Quid ergo si fructuarius adeo pauper sit, ut fidejussores reperire non possit? Humanum est, ut nuda cautione contenti simus, & aut proprietarius jubeatur esse in possessione, aut bonorum curator constituatur. *arg. l. 5. §. 2. de Carb. edict.* Ita judicatum refert Myns. 6. *obs.* 48.

(*l*) *l. 9. in pr. usufr. quem. c. l. 71. de V. S.*

(*m*) Is est proprietarius quidem semper; interdum tamen & fructuarius. *l. 1. & seqq. de usuf. accr.*

(*n*) Ita hoc explicatur in *l. 8. usufr. quem. ca.*

(*o*) Propter quas scilicet interponitur *leg. 1. §. ultim. eodem.*

(*p*) *l. 1. pr. & §. 3. d. tit.*

(*q*) *l. 3. pr. eod.* desinere accipiemus, etsi nec ceperit. *d. l. 3. C. 1.* non utique ex verbi significatione. *l. 208. de V. S.* sed ex sententia. *arg. l. 34. de R. J.*

(*r*) Qui sensus est Ulp. in *d. l. 1. in fin.*

(*s*) Quia sæpius hic peccari potest *c. dist. lib. 1. §. pen.*

(*t*) Ut evenit in omnibus faciendi obligationibus. *§. ult. Inst. de V. O. l. 13. in fin. de re jud.*

(*u*) *d. l. 1. §. 6.* atqui quomodo probabitur, quæ res, & quales ab initio fruendæ datæ sunt? In hoc consilium dat Ulp. in *d. l. 1. §. 4.*

(*x*) *l. 3. §. ult. usuf. quem. ca.*

(*y*) *d. l. 3. §. & l. seqq. eod.* idemque est si ususfr. repetitus erit legato. *l. 3. §. 2.*

(*z*) In id, quod interest, ut *c. præc.*

(*a*) De quibus in principio *super c.*

(*b*) Exceptionem replicatione doli elidendo. *arg. l. usuf. quem. ca.*

(*c*) *l. 13. §. 2. de usufr.* de qua actione accipienda est *l. 70. pr. d. tit.*

(*d*) Utpote quæ aperte ita concepta est, si ususfr. ad eum pertinere desinet.

(*e*) Condictione sine causa. *l. 1. de cond. sin. ca.*

(*f*) *d. l. 13. in pr.* ex conditione edicti. *l. 1. usufr. quem. cav.*

(*g*) Exceptionem fructuarii doli mali replicatione removendo. *d. l. 7. usuf. quem. cav.*

(*h*) *d. l. 7.* non recta, sed obliqua via, condicendo rem ipsam conditione ob causam causa non secuta. *arg. l. 1. de cond. caus. dat. caus. non seq.*

(*i*) *l. pen. pr. §. 1. & ult. si us. pet. l. 2. si serv. vind. §. 2. Inst. de act.* atqui nemo de alieno jure agere potest; at inquam dominus hoc ipso de suo jure agit, vindicat jus, & libertatem suæ rei. *d. l. pen. pr.*

actio & possidenti, & non (*k*) possidenti, similiter ut confessoria, adversus possidentem & non possidentem, qui modo usufructus controversiam facit, finis est, ne proprietarius amplius (*m*) inquietetur. Officium judicis hic idem fere, & commune cum actione confessoria.

CAPUT LXXVII.

Quibus modis usufructus amittatur, amissus ad quos redeat.

Ex tribus partibus propositis universæ hujus quæstionis de usufructu, tertia superest, ut quæramus quomodo amittatur. Amittitur ususfructus tribus ex causis, aut soluto jure auctoris, aut lege constitutionis, aut ipsa natura ususfructus. Soluto jure auctoris, si usufructu sub conditione legato, hæres eum interim alii constituerit, & conditio (*n*) extiterit. Lege, veluti si usufructu sub conditione, vel ad diem constito, conditio extiterit, aut dies (*o*) venerit. Natura sua extinguitur ususfructus tribus modis; aut ex persona fructuarii, aut ex re ipsa, aut ex conjunctione ususfructus cum proprietate. Ex persona fructuarii tripliciter; morte, capitis deminutione, non utendo. Morte fructuarii jus hoc, utpote personale finiri (*p*) certum est. In servo mors domini, in filiosam. superstite post obitum patris, ipsius filii ante mortuo, patris (*q*) spectanda est. Capitis minutione ususfructus corrumpitur non omni ut olim, sed maxima dumtaxat, & (*r*) media, tamquam morte quadam civili. Non (*s*) utendo amittitur trifariam; aut cum (*t*) omnino non est usufructuarius, aut non per (*u*) modum utentis in constituendo præscriptus: aut per modum quidem, sed cum (*x*) nesciret usumfructum sibi relictum esse, usus tantum sit, non etiam fruitus. Sed hæc omnia ita, si constitutum tempus accesserit, quod (*y*) usucapioni rerum corporalium præstituitur. Ex re quoque triplici modo amittitur; rei interitu, mutatione, occupatione hostium. Rei totius interitu usumfructum extingui necesse est, utpote sublato (*z*) corpore, in quo consistebat. Mutatione rei amittitur ususfructus † cum res ita mutatur, ut in aliam formam, & (*a*) nomen transeat, usque adeo, ut ne reliquæ quidem partis debeatur: ut si, verbi gratia, ædium usufructu legato, superficies corruerit, placet ne (*b*) areæ quidem usumfructum deberi, sed & si restitutæ sint novæ ædes, usumfructum tamen restitui (*c*) non placuit. Plane si non nova, res, sed vetus restituatur area, forte sublato ædificio, aut ager inundatus recessu fluminis, aliud dicendum (*d*) est. Occupatione hostium ita amittitur, ut jure postliminij rei jam liberatæ ususfructus restituatur. Ex conjunctione cum proprietate (*e*) cum scilicet aut proprietarius usumfructum, aut usufructuarius proprietatem (*f*) adeptus est, quæ res (*g*) consolidatio appellatur.

Et

(*k*) *d. l. pen.* §. 1. *& ult.*

(*m*) *d.* §. *ult. in fin.* si vis possidenti fiat, ut ne amplius fiat non possidenti res restituatur.

(*n*) *l.* 16. *hoc tit. quib. mod. us. am.* quod & accidit in reliquo Jure a domino ante constituto. *l.* 31. *de pign.*

(*o*) Quo fit, ut ipso jure finiatur. *l.* 4. *de usuf. l.* 1. §. *ult. q. d. us. leg. l.* 5. *l.* 12. C. *de usuf.* nec obstat *l.* 44. §. 1. *de O. & A.* nec enim finitur ususfruct. tempore, sed simul cum tempore extinguitur; natura enim ususfruct. est ut quotidie constituatur, & finiatur, quippe qui in facto consistit; facta autem postquam perfecta sunt, esse desinunt. *l.* 1. §. *pen. de us. acer.*

(*p*) §. 3. *Inst. de usuf. l.* 16 *Cod. eod. l.* 3. §. *ultim. hoc ult.* Quid si civitati, aut municipibus relictus sit? Placuit 100. annos durare, quia is finis est hominis longævi *l.* 56. *de usuf. l.* 8. *de us. leg.* idemque probandum est, si Ecclesiæ relictus sit; deleta tamen ante id tempus civitate, ususfr. quasi morte extinguitur. *l.* 21. *hoc tit.* proprietas: si ita legata sit, ususfruct. apud hæredem maneat; ususfr. in persona primi hæredis consistit. *l.* 14. C. *de usu.*

(*q*) Quasi duplici ususfruct. constituto. *l. ultim. Cod. eodem.*

(*r*) §. 3. *inst. de usufr. l.* 1. §. *ult. Cod. dict. tit.* quibus fructuarius numero liberorum hominum, aut civium eximitur. *L. ultim. de cap. min.* §. 1. *Inst. quib. mod. jus pat. dot.*

(*s*) Quatenus scilicet non utitur. *l.* 25. *hoc tit.* neque per se, neque per alios, qui ejus negotia gerunt, aut quibus usumf. vendidit, locavit, gratis concessit *l.* 38. Quid tamen si nec isti utantur? & siquidem donatarius non utatur, non retinebit usumf. contra si emptor, aut conductor, quia qui pretio, aut mercede fruitur, non minus habere intelligitur, quam qui utitur fruitur principali re. *d. l.* 38. *& duab. seqq.* adhibe tamen temperamentum ex *l.* 9. *hoc tit.*

(*t*) De quo nullum dubium. *l.* 16. C. *de usuf.*

(*u*) *d.* §. 3. *exempl. in l.* 2. *de acq. quot. l.* 10. §. 1. *& l. seq. qu. serv. am.*

(*x*) Secus si sciebat. *l.* 20. *hoc tit.*

(*y*) *d. l.* 16. §. 1. C. *de usufr.* junct. *l. un.* C. *de usuc. transf. l. ult. in fin.* C. *de long. temp. præscr.*

(*z*) *l.* 2. *ff. de usufr. Inst. eod. pr.*

† Etiam ab ipso proprietario, sed tunc succurritur fructuario actione ex testam. aut aliis remediis. *l.* 5. §. *ult. & l. seq. hoc tit.*

(*a*) Non quia nomen quidem pertineat ad substantiam rei, sed quia per nomina cognoscimus, & dignoscimus rerum naturas, teste Plat. *in Cratyl.*

(*b*) l. 5. §. 2. *hoc tit.* Exemp. hoc declaratur in *dict. l.* 5. §. *ult. & multis ll. seqq. eod.* Cur igitur non idem placet in reliquo jure? Non in pignore. *l.* 29. §. *penul. de pign.* non in servitutibus. *l.* 20. §. 2. *de ser. urb.* non in grege legato. §. 18. *Inst. de leg.* Dicemus in usufr. hoc specialiter receptum, ne diu inutilis maneret proprietas. *arg.* §. 1. *Inst. de usuf.*

(*c*) *l.* 10. §. 1. *hoc tit. l.* 36. *de usufr.*

(*d*) *d. l.* 36. *l.* 23. *& seqq. hoc tit.*

(*e*) *l.* 26. *hoc tit.* ut & cetera jura. §. 5. *Inst. quibus mod. jus pat. pot.*

(*f*) Quod quibus modis contingat, cognoscere licebit ex *l.* 17. 27. *de usufr. l.* 3. §. *ult. us. qu. ca.* §. 3. *Inst. de usufr.* ubi verba, cedendo extraneo nihil agitur, explicanda sunt ex *l.* 66. *de jur. dot.* ut recte monet Pac.

(*g*) *dict.* §. 3. *l.* 3. *in fin. de us. accr.* & confusio *l.* 4. *usufr. quem. ca.*

Et sunt quidem hi modi, quibus ususfructus amittitur, neque sunt plures; ceterum duplex hujus Juris exceptio est. Primum ususfructus legatus, cujus dies nondum cessit, neque (*h*) non utendo, neque (*i*) capitis minutione amittitur. Cedit ususfructus legati dies tunc, cum & peti potest, si pure relictus est, ab adita hæreditate, si in diem, cum & dies (*k*) venerit. Altera exceptio est in (*l*) repetitione ususfructus. Repetitur ususfructus, aut aperte his verbis, si amissus erit, aut tacite repetitus intelligitur, cum alicui legatur, quamdiu vivet, aut ad certum aliquod tempus. Repetitus generaliter ususfructus, aut quamdiu fructuarius vivet, duobus tantum modis intercidit: morte fructuarii, aut rei (*m*) mutatione. Specialiter repetitus, puta quoties capite deminutus erit, illo dumtaxat modo non perit. Ad certum tempus relictus, præterquam si mors, aut rei mutatio intervenerit, usque ad id tempus omnino debebitur. Sed & commemoratio temporum repetitionis (*n*) potestatem habet, si alternis puta diebus, aut in dies, annosve singulos ususfructus relictus est; quamquam & alia ratio est, cur tale legatum sola morte, & rei mutatione amittatur, nempe quod ejus legati dies non simul, & semel, sed per tempora adjecta cedat.

Ususfructus amissus videamus ad quos redeat. Et si quidem totus amissus erit, ad proprietatem citra controversiam revertitur; sin pro parte tantum, ita demum, si non plures in eumdem usumfructum (*o*) conjuncti sint. Conjuncti inter se jus (*p*) accrescendi habent. De quo jure videri poterat satis a nobis in ultimis voluntatibus dictum; nisi propria quædam essent hujus juris in usufructu consideranda. Sunt autem tria. Primum est in parte deficiente, & accrescente, in quo hoc singulare, ut & constituta, & amissa nihilominus jus accrescendi (*q*) admittat; alterum est in persona ejus, cui accrescit, ut & is jus accrescendi habeat, qui suam partem vel non agnovit, vel (*r*) amisit. Tertium est, ut quamvis conjunctio jus accrescendi inducat tantum inter eos, quibus ejusdem rei ususfructus solidus constitutus est vel conjunctim, vel (*s*) separatim, tamen hoc amplius in usufructu conjunctio, eoque & jus accrescendi esse intelligatur, si alteri ususfructus, alteri (*t*) fundus legatus est. Illud positum, ac fixum esse potest, in contractibus non esse jus accrescendi, sed in ultimis (*u*) voluntatibus dumtaxat.

CAPUT LXXVIII.

De usu, habitatione, & operis servorum.

Reliquæ sunt servitutum personarum adhuc formæ duæ, usus, & habitatio. Usus est jus utendi rebus alienis salva rerum substantia. Quæstio hic item triplex: quomodo usus constituatur; constitutus quid contineat, & quomodo conservetur, inde quo pacto amittatur. De hisce partibus omnibus (*x*) eadem fere sunt juris præcepta, quæ supra tradidimus. Tantum in constitutione hoc interest, quod ususfructus, & pro parte vel indivisa, vel divisa constitui potest; usus pars legari (*y*) non potest. In amissione hoc, quod usus semper ad proprietatem redeat, nunquam plures in eumdem usum (*z*) conjungantur. Ceterum in jure ipso utendi præcipua est harum rerum differentia; siquidem multo angustius patet usus, quam ususfructus. Uti est

(*h*) *l. 28. hoc tit.* quia fructuarius eo nec uti potuit.

(*i*) *l. 1. §. 1. eod.* Dicitur autem amitti abusive, amissa spe acquirendi.

(*k*) *l. un. §. 2. & seq. quan. d. us. leg. ced.*

(*l*) Repeti usumf. dicitur, cum testator usumf. quem ab initio legavit, iterum legat si amissus erit. *l. 3. §. 1. hoc tit.* ab hæredibus quoque repeti potest *l. 5. eod.* sed eo legato primus hæres tantum continetur, ut paulo ante quoque monuimus *l. 14. C. de usufr.*

(*m*) Hæc, & quæ sequuntur sunt in *l. 3. l. 5. pr. & §. 1. l. 2. §. 1. ff. h. tit.*

(*n*) *d. l. 2. §. 1. l. 4. de ann. leg.* sequens ratio est in *l. un. pr. qu. d. us. leg.*

(*o*) Aut non omnes conjuncti eum amiserunt *l. 1. pr. & §. 3. l. 3. pr. de us. accr.*

(*p*) Quocumque modo conjungantur. *d. l. 1. pr. & d. l. 3. eod.*

(*q*) *d. l. 1. §. 3.* Hoc ideo, quia ususfr. quotidie constituitur, & legatur, non ut proprietas eo solo tempore, quo vindicari potest, idest quo nondum quæsita est. *dict. §. 3.*

(*r*) *l. 10. de us. accr.* Haud dubie ob eamdem causam, quia quotidie constituitur, & legatur. Hinc illud veterum portionem fundi, velut alluvionem, portioni, usumfr. personæ accrescere. *l. 33. in fin. de usur.* Cujac. aliquot distinctionibus utitur. 7. *obs.* 11.

(*s*) *d. l. 1. in pr. d. l. 3. eod.* non si cuique separatim partes rei. *d. l. 1. pr.* partibus enim fundi divisis nulla conjunctio est, sed duo diversi ususf. quo pertinet *d. l. 1. §. ult. l. 2. l. pen. & ult. eod.* si permixti fuerint conjuncti disjunctis, conjuncti unius potestate personæ funguntur. *d. l. 1. §. 1. l. 7. & 9. eod.*

(*t*) *d. l. 3. §. ult.* aut proprietas non deducto ususfr. *d. l. 9.* cujus rei hæc ratio, quod ususfr. non separata pars sit proprietatis, aut dominii, ut sup. *c. 68.* demonstravimus; alia species hujus juris propria est in *dict. l. 13. §. 1.*

(*u*) Ut recte Joan. Swev. *lib. 2. de jur. accr. c. 2.* post Cujac. in *l. 64. de contr. empt.*

(*x*) *l. 1. ff. de usu. & hab. Inst. eod. in pr.* eadem remedia *l. 17. eod.* opera, ut satisdatio. *l. 5. §. 1. us. quem. cav.* junct. *l. 15. in fin. & l. pen. hoc tit.* In ceteris oneribus hæc distinctio placuit, ut si omnis fructus ad usuarium redit, etiam onera sustineat; si ad proprietarium, hunc onera sequantur; sin vero ad utrumque, pro rata dividantur. *l. 18. eod.*

(*y*) *l. 5. d. usufr. l. 1. §. 9. ad l. falc.* nam frui quidem pro parte possumus, uti non æque *l. 19. eod.* siquidem usus solo facto terminatur, ususfr. emolumento dividuus est; qua de re accuratius disputamus *lib. 2. c. 46.*

(*z*) Nec possint, quia partem non recipit, ut dictum est.

est rem tractare commoditatis alicujus gratia, quanta usuarius egeat ad usum (*a*) quotidianum; frui dicimur etiam ad compendium; unde est, quod usurarius nulli alii jus, quod habet, locare, aut vendere, aut gratis concedere (*b*) potest, cum is, qui usumfructum habet, possit hæc omnia facere. (*c*) Quid autem rei cujusque usu contineatur veteres quatuor speciebus propositis ordine explicarunt: usu (*d*) ædium, (*e*) fundi, (*f*) pecorum, (*g*) servorum; unde reliquarum rerum usus satis intelligi potest.

Habitatio est jus in ædibus alienis commorandi cum personis, & rebus quoquo modo ad se pertinentibus salva rerum substantia. Hoc genus servitutis neque usus est, neque ususfructus, sed quasi proprium aliquod jus ab utroque (*h*) separatum. Usus, & ususfructus magis in jure, habitatio in (*i*) facto potius consistit. Usus, & ususfructus capitis minutione amittuntur, habitatio (*k*) nequaquam. Usus locari non potest, habitatio (*l*) potest; habitatio tantum est in ædibus, usus etiam † in aliis rebus. Ceterum effectum idem pene est legatum habitationis, & (*m*) usus, nisi quod locandi jus ad naturam ususfructus propius accedat.

Quid operæ servorum? vix est, ut servitutibus personarum adnumerari possint. Primum, quia non ex persona ejus, cui debentur, sed ex re, quæ eas debet (*n*) æstimantur. Secundo, quia non juris sunt, ut vindicari possint, sed totæ in (*o*) actu, & ministerio hominis consistunt. Et quia ex persona ejus, qui eas præstat, aut stant, aut intereunt, consequens est, ut nec morte ejus, cui præstantur, nec capitis minutione, aut non utendo (*p*) amitti debeant. Consequens & illud, ut servo usucapto, & ipsæ (*q*) pereant, quamvis nec usumfructum, nec ullum aliud jus alienum superveniens (*r*) perimat usucapio. Recte tamen dixerimus, operis servorum legatis usumfructum videri legatum, propterea quod fructus hominis operæ sunt, ut ex his & mercedem percipere, & operas ipsas locare liceat (*s*).

CAPUT LXXIX.

De servitutibus prædiorum.

Adhuc de priore genere servitutum, earum videlicet, quæ personæ debentur; sequitur alterum, rerum, sive prædiorum, quibus in usu juris generis fere nomen per excellentiam tribui solet. Servitus prædii est, quæ prædio alieno imponitur ad vicini prædii perpetuum usum. Hujus definitionis partes sunt quatuor: primo tamquam materia, res est; secunda tamquam finis, utilitas; tertia tamquam forma utendi perpetua facultas; quarta tamquam efficiens, constitutio servitutis. Materia huic generi subjecta, unde & nomen acceperunt, sunt prædia, sive enim rem spectes, quæ servitutem debet, sive id, cui debetur: utrinque (*t*) prædia esse necesse est; hinc, ut sit, cui imponatur servitus, illinc, ut sit, cujus causa constituatur. Utilitas duo desiderat; unum, ut (*u*) utilis sit servitus prædio dominanti; alterum, ut ad ejus prædi (*x*) solius usum sit constituta. Perpetui usus facultas tria desiderat; primum, ut sint utrinque prædia, quorum alteram servitutem perpetuo præstare, alterum eandem recipere possit; secundo, ut sint (*y*) vicina, aut si intermedium, ne sit tale, quod impediat † usum servitutis, quale

(*a*) *l.* 2. *pr. l.* 12. *ff. hoc tit.* §. 1. *Inst. eod.*

(*b*) *dict.* §. 1. *l.* 8. 11. 12. §. *ut. eod.* Interdum tamen aliud suadet conjectura voluntatis, ut in specie *dict. l.* 12. §. 4. *& l. pen. pr. eod.*

(*c*) Quia sunt in fructu, & emolumento rei, quod totum est fructuarii, quomodocumque percipiatur.

(*d*) Quo quid contineatur fuse explicatur in *l.* 2. *&* 6. *seqq. l. pen.* §. 1. *ff. &* §. 2. *Inst. eod.*

(*e*) In *l.* 10. §. *ult. l.* 11. *l.* 12 *in princ. &* §. 1. *l.* 15. *eod.*

(*f*) *dict. l.* 12. §. 2. *& duob. seqq. ff.* §. *penult. Instit. eodem.*

(*g*) §. 3. *Inst. d. l.* 12. §. *ult. l.* 14. *l.* 16. §. *ult. & l.* 20. *eod.*

(*h*) *l.* 13. C. *de usuf.* §. *pen. Inst. hoc tit.*

(*i*) *l. pen. ff. de cap. min.*

(*k*) Quod superiori consequens *dict. l. pen. l.* 10. *hoc titul.* Hic enim fit, ut habitationis legatæ dies non semel cedat, sed per dies singulos exemplo ususf. in singulos dies relicti. *l.* 1. *in pr. quan. dies leg. ced. arg. d. l. penult.*

(*l*) *d. l.* 13. C. *de usufr. d.* §. *pen.*

† Unde usus etiam necessaria alimenta continere potest. *d. l.* 12. §. 1. habitatio non item.

(*m*) *d. l.* 10. *l.* 32. *de usufr.*

(*n*) Quod nomen operarum satis ostendit. Cujac. 7. *ad Afr. in l.* 37. *de usuf.*

(*o*) *l.* 1. *hoc tit. de op. serv.* Hotom. ill. q. 41.

(*p*) *l.* 2. *d. tit. l.* 2. *de usufr. leg.* Cujac. *dict. loc.* Cur autem non utendo, aut capitis minutione creditoria non amittatur, etiam hæc ratio est, quod quotidie cedunt, nec ante debentur, quam indictæ. *l.* 24. *de op. lib.*

(*q*) Propter quandam velut mutationem in persona servi. *l.* 2. *in fin. de us. leg.*

(*r*) *l.* 19. *quib. mod. us. am. l.* 44. §. 5. *de usuc. l.* 7. C. *de pign.*

(*s*) *d. l.* 2. *de us. leg. l.* 3. *&* 4. *hoc tit.*

(*t*) *l. comm. præd.* §. *pen. Inst. hoc tit.*

(*u*) *l.* 8. *h. tit.* qui finis est omnium servitutum. *l.* 15. *eod.* utilitatem autem sic accipimus, ut & amœnitatis commodum complectamur. *l.* 3. *de aq. quot.*

(*x*) *l.* 5. *in fin. de servit. rustic. præd.* ideoque si quid nobis constitutum sit in alieno, quo etiam extra fundum uti liceat, placet servitutem prædii non esse, quod declaratur exemplis in *l.* 4. *& duab. seq. d. tit.*

(*y*) Conjuncta, aut continentia ut ad alterum servitutis usus pervenire possit. *d. l.* 5. *l.* 14. §. *ultim. de al. leg.*

† Aut in totum, aut ex parte. *l.* 9. §. *ult. de serv. rust. præd. l. ult. eod.*

quale fere est (*y*) medium prædium alienum, quod non servit; tertium est causa servitutis perpetua. De quo veteres sic statuerunt; omnes servitutes prædiorum perpetuas causas habere (*a*) debent. Perpetuum illis est quodcumque ex naturali causa oritur, etsi non (*b*) assidue; ut in stillicidio aqua pluvia ex naturali causa oritur, etsi non assidue pluit. Causam servitutis vocant id, cujus aut arcendi a nostro, aut in nostro habendi gratia servitus (*c*) constituta est; ut exempli gratia, in stillicidio, & aquæductu, causa, ob quam hæ servitutes comparatæ sunt, est aqua; illic, ut ab ædibus nostris avertatur; hic, ut aqua ducatur, & in nostro habeatur. De constitutione servitutis mox dicetur in commune, ubi singulas ejus species cominus inspexerimus.

Servitutum prædiorum duo sunt genera unum urbanorum, rusticorum alterum. Urbana prædia omnia ædificia accipimus, etiam quæ ruri sunt in villa (*d*) ædificata; urbanum enim prædium non locus facit, sed materia. Servitutes igitur urbanorum prædiorum sunt, quæ ædificiis, quibus debentur, inhærent. Has ex triplici fine in tria genera partimur; comparatæ enim sunt, aut ad ædes dilatandas, aut ad interiores ædium commoditates, aut ad ædes exonerandas. Primi generis species sunt quatuor: jus (*e*) tigni immittendi, projiciendi, protegendi, oneris ferendi. In prima specie hoc agitur, ut ex nostro pariete liceat tignum immittere in (*f*) parietem vicini. In secunda, ut liceat aliquid projicere in ædes, aut aream vicini, hoc est ita provehere, ut (*g*) nusquam requiescat. Hujus species quædam est jus protegendi, cum protegendi (*h*) causa quid emittitur, ut non requiescat. In postrema specie, nempe oneris ferendi, hoc amplius est, quam in tigni immittendi, quod vicinus immissi tigni onus sustinere, idest, reficere tignum (*i*) debeat ad eum modum, qui servitute imposita comprehensus est, idoneumque oneri ferendo præstare contra (*k*) naturam servitutum. Secundi generis (*l*) servitutes sunt hæ: altius non tollendi; luminum, ne luminibus officiatur; prospectus, seu ne prospectui officiatur; altius tollendi; stillicidii non avertendi. Servitus altius non tollendi ob eum finem constituitur, ne luminibus officiatur; quod ita accipiendum est, ne officiatur altius ædificando, non etiam ne alio (*m*) modo, ut a naturali libertate quam minimum recedatur. Luminum servitute constituta, id acquisitum videtur, ut vicinus lumina nostra (*n*) excipiat. Cum autem servitus imponitur, ne luminibus officiatur, hoc quidem maxime adepti videmur, ne jus sit vicino altius ædificando lumina nostra minuere: ceterum & contra hanc servitutem facit, qui quoquo modo luminibus (*o*) officiat. Servitute prospectus hoc continetur, ne quid nobis officiatur ad gratiorem prospectum, & liberum, & cum lumen tantum sit ex loco superiore, prospectus etiam ex (*p*) inferioribus locis esse potest. Cui servitus altius tollendi constituta est, vindicare eam confessoria potest: nam si lege muni-

(*z*) In rusticis quidem semper. *d. l.* 9. §. *ult.* in urbanis, si talis sit servitus, ut ab unis ædibus in vicinas aliquid immittatur, projiciaturve. *argum. l.* 1. *de serv. præd. urb.* etiam locus, qui intercedit, publicus sit, aut sacer, &c. *l.* 2. *ne quid in loc. publ. l.* 14. §. *ult. Cod. hoc tit.* sin autem in loco intermedio nihil facere necesse est, non impedit servitutem, ut in servitute, ne luminibus officiatur, si ædes intermediæ sint depressæ. *l.* 7. §. 1. *com. præd.* etiamsi locus sacer, &c. interveniat. *arg. l.* 17. §. *pen. de aq. pluv.* publico loco intercedente, nec iter, actus, aut via impeditur. *l.* 14. §. *ult. h. tit.* Quid si flumen? vid. *l. ult. de serv. rust.*

(*a*) Definitio totidem verbis tradita in *l.* 28. *de serv. urban.*

(*b*) *d. l.* 28. quod enim naturaliter fit, perpetuum videtur, etsi non fiat assidue, ut defectio lunæ. Arist. 1. *post.* 8. sed & quod ex facto nostro oritur, perpetuum habetur, si ejus causa prædium, aut pars prædii parata est; ut servitus fumi immittendi. *l.* 8. §. 5. *si serv. vind.*

(*c*) *d. l.* 28. *l.* 1. §. 4. *de font.* vulgo DD. distinguunt inter servitutes continuas, & discontinuas, sed male, quia causam confundunt cum possessione.

(*d*) *l.* 198. *de V. S.* §. 1. *Inst. hoc tit. l.* 1. *com. præd.* unde per contrarium intelligitur, rustica dici loca ædificiis vacua, in urbe aream, ruri agrum. *l.* 2. §. 11. *de V. S.* quæ distinctio usum habet, cum de effectu juris quæritur. *arg. l.* 4. §. 1. *in qu. ca. pign.* alioqui extra hunc effectum, nihil prohibet prædia, eorumque servitutes loco distinguere, quod & fecit Nerat. *l.* 2. *de servit. rust.* Hæc explicatio, quam aliorum, simplicior est.

(*e*) Quo verbo significatur omnis materia, ex qua ædificia fiunt, sive lignum sit, sive lapides. *l.* 62. *de V. S.* hæc autem species servitutis, & tres sequentes recensentur in *l.* 1. *&* 2. *de serv. urb. &* §. 1. *Inst. h. tit.*

(*f*) Ita, ut ibi requiescat. *l.* 242. §. 1. *de V. S.*

(*g*) Qualia sunt mœniana, & suggrundæ, *d. l.* 242.

(*h*) Ita protectum distinguitur a suggrundia in edicto. *l.* 5. §. 6. *de his, qui del.* utimur protecto aut ad umbram, aut ad arcendos imbres.

(*i*) *l.* 6. §. 2. *si serv. vind. l.* 33. *de serv. urb.*

(*k*) *l.* 15. §. 2. *hoc tit.* ideoque Gallo videbatur non posse ita servitutem constitui, sed evaluit Servii sententia, posse. *d. l.* 6. §. 2. cum necessitas servitutis prius imposita hanc refectionem postulet. Principaliter igitur id agitur, ut in alienum quid immittatur, per consequentiam ut immissum adversarius reficiat.

(*l*) Enumeratæ in *d. l.* 1. 2. 3. *&* 4. *de serv. urb. & d.* §. 1. *Inst. h. tit.* §. 2. *Inst. de act.*

(*m*) *l.* 6. junct. *l.* 12. *de serv. urb. l.* 8. *C. h. tit.*

(*n*) *l.* 4. *ff. d. tit.* Quod sic interpretor, ut mihi liceat fenestram in vicini parietem immittere, nam in meo quid id facere, invito vicino, possim, dubitare non oportet. *l.* 8. §. 5. *si serv. vind.* eamque interpretationem omnino suadent verba, quibus JC. in opposita specie utitur, (lumina nostrorum ædificiorum) Non obstat *l. pen. de serv. urb.* quia aperte loquitur de pariete communi. Apud nos plerumque statuta obstant. Licebit utique vicino suas ædes tollere, aut quid erigere in suo, quo lumen præcludat. *l.* 9. *d. tit.*

(*o*) *d. l.* 4. junct. *l.* 15. *l.* 17. *pr. &* §. 2. *eod.* Eodem fere modo distinguit Hotom. 2. *amic.* 4. & Ant. Fab. 19. *conf.* 5. Fusius de his servitutibus agit Cœpoll. *c.* 35. *& seq. de serv. urb.*

(*p*) Vid. *l.* 3. *l.* 22. *d. l.* 15. *&* 2. *seqq. eod.*

municipali certa ædificiorum forma (*q*), altitudoque præscripta est, supra quam ædes tollere invito (*r*) vicino non liceat, qui luminibus vicini officere velit, formam, ac statum ædificiorum custodire debet; excedere volenti servitute opus est, quod si nulla talis forma præscripta est, negatoria competit, qua servitus negatur, asseritur (*s*) libertas. Postrema species est stillicidii non avertendi, qua hoc continetur, ut ne jus sit vicino avertere stillicidium ædium suarum in nostras ædes. Sed & hoc jure naturæ, & libertatis rei nostræ non cogimur pati, quamdiu (*t*) lege civitatis ab hoc jure non est recessum. Tertii generis species sunt tres; jus (*u*) cloacæ immittendæ, fumi (*x*) immittendi, stillicidii, & fluminis (*y*) avertendi in ædes, aut aream vicini.

Rustica prædia sunt loca ædificiis vacua. Servitutum rusticorum prædiorum tria sunt genera: primum ut per alienum ad nostrum perveniatur; secundum, ut quid ex vicino sumere liceat; tertium, ut prædium nostrum exoneretur. Primi (*z*) generis species quatuor; iter, actus, via, aquæductus. Iter est jus (*a*) eundi, & (*b*) ambulandi (*c*) hominis, non etiam jumentum agendi, vel vehiculum. Actus est jus agendi (*d*) jumentum, vel vehiculum. Via est jus (*e*) eundi, agendi, ambulandi; nam iter, & actum via in se (*f*) continet. Aquæductus est jus aquæ (*g*) ducendæ per fundum alienum. Secundi generis sunt omnes servitutes; quæ ad hoc comparatæ sunt, ut quid ex alieno prædio sumere liceat, quod ad usum nostrum transferatur; quo etiam illud continetur; quod in pecora, quæ prædii causa habentur, aut ad fructus prædii exprimendos confertur; cujus (*h*) generis servitutes sunt hæ; aquæ haustus, pecoris ad aquam appulsus, jus pascendi, calcis coquendæ, arenæ fodiendæ, ligni eximendi, & id genus aliæ. Tertii (*i*) generis sunt, jus fructus cogendi, coactosque habendi in alieno; lapides in vicinum provehendi, indeque exportandi, & si quæ sunt (*k*) similes.

Illud in universum de toto hoc genere tenendum est, jura omnia quæ alioqui natura sua prædiorum sunt servitutes, ex accidenti interdum fieri servitutes personarum, nempe si id actum est, ut personæ tantum tribuantur; quod alias ex (*l*) verbis constitutæ servitutis, alias ex genere (*m*) personarum æstimatur.

CAPUT LXXX.

De constitutione, & acquisitione servitutum.

Species servitutum singulas contemplati sumus. Deinceps igitur; ut paulo ante promisimus, de constitutione earum dicamus. Modus constituendi servitutes duplex; aut enim alieno facto constituuntur, & acquiruntur (*n*), aut nostra ipsorum quasi possessione. Factum alienum aut a Judice est, aut a privatis. A Judice servitus constitui potest in duobus his

(*q*) Sicut Romæ factum fuisse historia docet Tac. 15. *annal.* add. Revard. 3. *conj.* 12. Pet. Fab. ad *l.* 61. *de reg. jur.*

(*r*) Non si præcise, nam pactis privatorum juri publico derogari non potest. *l.* 38. *de pact.*

(*s*) Cujus jure libertatis liceat mihi ædes meas tollendo vicinas obscurare. *l.* 9. *de serv. urb.* quæ communis fere est explicatio tradita primum a Jo. Fab. Probata a Zas. Baron. Don. ad §. 2. *Inst. de act. arg. l.* 11. *ff. d. tit. l.* 1. C. *de priv. l.* 1. C. *hoc tit.*

(*t*) Lege enim civitatis caveri potest, ut unicuique liceat stillicidia ædium suarum obversa habere in alienum.

(*u*) *l.* 7. *h. tit.* Cloaca a concludendo dicta, auctore Festo, definitur ab Ulp. in *l.* 1. §. 1. *de cloac.*

(*x*) *l.* 8. §. 5. *si serv. vind.* de quo Cœpoll. *c.* 53. *de serv. urb.*

(*y*) *l.* 2. *de serv. urb.* §. 2. *Inst. h. tit.* seu fluminis, & stillicidii immittendi. *l.* 28. *eod.* Eadem est servitus stillicidiorum, & fluminum. *l.* 1. *eod.* Stillicidium est, quod a tecto cassitat, idest stillatim labitur. *l.* 20. §. 9. 3. *& seq. eod.* flumen cum aqua a tecto per tubulos in canalem, aut alveum recepta majore impetu fluit. Hinc Paulus negat stillicidium inferius demitti posse, ne pro stillicidio fiat flumen; altius tolli posse, quia levior eo modo fiat servitus. *d. l.* 20. §. 5. Plura vid. apud Cœpoll. *cap.* 28. *& seq.*

(*z*) Hoc genus commune utriusque prædii. *d. l.* 20. § 1. *l.* 14. *comm. præd.*

(*a*) *l.* 1. *de serv. rust. Inst. pr. hoc tit.* Eo continetur & qui lectica vehitur, aut equo. *l.* 7. *&* 12. *eod.*

(*b*) Idest ultro, citroque commeandi ob res prædio necessarias. Hort. ad. *d. pr.*

(*c*) Ut excludantur pecudes, quæ alioqui etiam ire dicuntur, ut *Ite meæ quondam felix pecus*, &c.

(*d*) *d. l.* 1. *& d. pr.* quo tamen & iter sine jumento voluntate concedentis continetur. *d. l.* 1. *arg. l.* 21. *de R. J.* Hinc qui actum stipulatur deinde iter; posteriore stipulatione nihil agit. *l.* 58. *de V. O.* Enimvero si ita convenerit ut actus esset sine itinere, pactio valebit. *l.* 4. §. 1. *si ser. vind.* ergo quod dicitur in *l.* 1. *de adim. l.* actum sine itinere esse non posse, de itinere ipsius actus parte accipiemus.

(*e*) Quidam docti viri reponunt, vehendi arg. etymologiæ, de qua Var. *lib.* 4. *de ling. lat.*

(*f*) Natura sua, qua partes continet totum. *d. l.* 1. quare si convenerit, ut via sit sine actu, aut itinere, conventio nullius momenti erit. *arg. l.* 17. *& l. pen. de pact.* est & accidentalis quædam differentia ratione latitudinis. *l.* 8. *ff. de serv. rust. præd.* qui viam habet tigna trahere, & hastam ferre potest, non item qui actum. *l.* 7. *eod.*

(*g*) Canali, aut fossa ducta ex fonte alieno, de quo fuse Cœpoll. *c.* 4. *de serv. rust.*

(*h*) Vide de his *d. l.* 1. §. 1. *l.* 2. *&* 3. *pr. &* §. 1. *l.* 4. *& seqq. eod. l.* 14. §. *ult. de al. leg.* §. 2. *Inst. hoc tit.*

(*i*) De quibus est in *d. l.* 3. §. 1. *&* 2.

(*k*) Veluti, ut aquam, aperto sulco, educere in fundum vicini liceat. *l.* 29. *eod.*

(*l*) Exemp. *in l.* 4. *d. tit.*

(*m*) Puta si pro affectu sanguinis, filio, aut cognato servitus constituta sit. *l. pen. de serv. leg.*

(*n*) Qui quidem ad impostitiam servitutem, de qua agimus, pertinet; ceterum inferior semper fundus superiori hanc servitutem natura debet, ut aquam profluentem excipiat, quod incommodum cum pinguitudine terræ, quæ simul defluit, compensatur. *l.* 1. §. *pen. & ult. de aq. pl. arc.*

his judiciis; familiæ erciscundæ, & communi dividundo per (o) adjudicationem. Inter privatos constitutio tria desiderat: personam constituentis, personam acquirentis, modum constituendi. In persona constituentis hoc exigimus, ut sit (p) dominus prædii, & quidem totius, non pro parte indivisa. Communi prædio unus ex sociis ne pro (q) parte quidem sua servitutem imponere potest, nisi simul omnes eodem (r) tempore cedant. Utique tamen qui antea cessit, vetare me uti cesso jure non (ſ) potest. In persona acquirentis idem per omnia custoditur, non ut nemo servitutem constituere potest, nisi qui prædium habet, cui imponat, ita nec quisquam acquirere, nisi qui prædium habet, cui acquirat, quique ejus prædii (t) solus sit dominus. Illud tamen semper constituit, etiam futuro ædificio, quod nondum est, vel imponi, vel acquiri servitutem (u) posse. Constituendi (x) modus hic iterum duplex: constituuntur enim aut suprema voluntate, aut pactione. Suprema voluntate sola, & citra (y) traditionem servitus transfertur. In pactione hæc duo requiruntur: conventio ad transferendum (z) idonea, & traditio, seu id, quod traditionis vicem obtinet, usus acquirentis, & domini constituentis (a) patientia. Illud disceptationem habet, an conventioni de servitutibus prædiorum dies adjici, aut conditio possit. Et si quidem finiendæ servituti adjiciantur, constat (b) nihil ita ad tempus constitui posse, ut ipso jure tempore finiatur. Sin servituti inchoandæ, cur non ut ceteræ obligationes ex die, aut sub conditione recte, & jure contrahuntur, ita servitutis quoque conventio diem, & conditionem (c) recipiat? At enim si non promittatur tantum, aut in obligationem servitus deducatur, sed constituatur penitus, & imponatur, quamvis hac lege, ut ante certam diem eam vindicare non liceat, nihilominus tamen etiam ante eam diem (d) vindicari ipso jure poterit. Sed hic adversus vindicantem contra placita servitutem, exceptione nos pacti, aut doli jure prætorio (e) tuebuntur. Modum servituti adjicere nemo prohibetur; veluti ut quis eat pedes, non eques, ut certo genere vehiculi (f) utatur, quo & servitutis per tempora (g) discretio referenda est.

Usu quoque nostro, & possessione servitutis acquiritur uno verbo usucapitur. Habet hic modus tres quæstiones. Prima est, possit ne ulla servitus simpliciter usucapi; altera, si possit, an omnis; tertia, si omnes possint, quomodo. Principio constat servitutes, utpote res incorporales, in quas non cadit possessio, natura sua usucapi non (h) posse; at possunt longo usu, qui pro possessione sit, ita acquiri, ut velut jure impositæ (i) utilibus actionibus vindicentur. Hoc posito, jam secundo loco certo statuemus, omnes (k) omnino servitutes hoc pacto usu acquiri posse erronea illa Interpretum distinctione de continuis, & discon-

(o) Cum utrique prædium adjudicat. *l.* 22. §. 3. *famil. ercisc. l.* 18. *com. divid.*

(p) *l.* 1. §. 1. *com. præd.* §. *pen. Inst. hoc tit. de servit.* Qua appellatione etiam emphyteutam, & superficiarium complectimur, tam in persona imponentis, quam acquirentis.

(q) *l.* 2. *ff. hoc tit. l.* 34. *de serv. rust.* Plane diviso regionibus fundo, potest quivis suæ parti servitutem imponere. *l.* 6. §. 1. *com. præd.*

(r) Sic enim fit, ut omnes suæ, non alienæ parti imponant. *d. l.* 6. §. 1. quid si non eodem tempore? Vid. *l.* 11. *de serv. rust. l. ult. com. præd.*

(ſ) Quod benignius est porpter conventionem. *d. l.* 11. adv. Hor. *obs.* 1. *&* 2.

(t) *dict. l.* 1. §. 6. *in fin. l.* 6. *com. præd. l.* 34. *de serv. rust.* Atqui sepulcro, rei nullius in bonis, servitus itineris acquiri potest. *l.* 14. §. 1. *hoc tit.* sed acquiritur, primum loco sepulcro contiguo, quo ad accedendum opus est, in pluribus acquirentibus eadem distinctio, quæ in pluribus constituentibus, adhibeatur. *d. l.* 6. §. 1. *l. ult. com. præd.*

(u) *l.* 23. §. 1. *de serv. urb. l.* 10. *de serv. rust.* vid. ut vim suam exerat, cum ædificium esse cœperit, in quo consistat.

(x) §. *ult. Inst. hoc tit. l.* 5. *ff. eod. l.* 3. *pr. de usufr.*

(y) *l.* 19. *quem. serv. am.* jus commune cum ceteris reb. legatis. *l.* 64. *de furt.* Huc pertinet *tit. de serv. leg.*

(z) Emptio vid. aut stipulatio, aut similis contractus. *l.* 31. *de acq. rer. dom.*

(a) *l. ult. hoc tit. l.* 1. *in fin. de serv. rust.* Exemplo rerum corporalium, quæ nudis pactis sine traditione non transfertur. *l.* 20. *C. de pact.* Olim frequens erat cessio. *l.* 9. *hoc tit. l.* 11. *l.* 14. *de serv. rust.* de quo genere alienationis vid. Ulp. *tit.* 19.

(b) *l.* 44. §. 1. *de obl. & act. l.* 4. *hoc t.* Excepto tamen usufr. *l.* 4. *de usufr.* Vid. *cap.* 76. *supra.*

(c) Quemadmodum in stipulationem, & obligationem deduci potest. *l.* 58. *de V. O.*

(d) Quia conditionem prædii, cui semel quæsita est, sequitur. *l.* 23. §. 2. *de serv. rust.* Vindicatio autem servitutis ejus est, cujus est prædium. *l.* 1. *si serv. vind.*

(e) Atque hanc esse sententiam Pap. satis aperte liquet ex verbo vindicari, quo in *d. l.* 4. utitur; quod & Joan. apud Accurs. vidit.

(f) Nec ultra eum modum constituta intelligitur. *d. l.* 4. §. 1. & consequenter alio modo utendo amittitur. *l.* 10. §. 1. *& l. seq. quem. serv. am.*

(g) *d. l.* 4. §. *ult.* Veluti ut certis horis diei interdiu, non noctu, alternis diebus servitute utamur. *l.* 5. §. 1. *hoc tit. l.* 7. *quem. serv. am. l.* 2. *de aq. quot.* Neque enim his adjectionibus constituitur servitus ad tempus, sed cum perpetua sit, modo utendi temperatur.

(h) *l.* 43. §. 1. *de acq. rer. dom. l.* 14. *hoc tit. l.* 10. §. 1. *de usuc.* Cumque olim moribus, sive auctoritate prudentum introducta esset, eam sustulit l. Scribonia tam in rusticis, quam in urbanis servitutibus, *l.* 4. §. *ult. de usuc.* junct. *d. l.* 14. Vid. Rav. ad *l. Scribon. n.* 3. *&* 6.

(i) *l.* 10. *si serv. vind. l.* 1. *in fin. de aq. pl. arc. l.* 1. *&* 2. *C. hoc tit. l. ult. in fin. de aq. pl. arc. l.* 1. *&* 2. *C. hoc tit. l. ult. in fin. C. de præs. long. temp.* proinde quod Ulp. ait in *d. l.* 10. §. 1. *de usuc.* servitutes per se longo tempore capi non posse, de civili usucapione accipiendum est, quæ biennio terminabatur, & quam solam lex Scribonia sustulerat; argumento est, quod sequitur, cum ædificiis longo tempore capi posse, quod omnino de usucapione biennii, quæ tum frequentabatur, accipiendum est, accedit & arg. tituli.

(k) Generalis enim definitio est. *d. l. ult.* §. *ult. C. de præs. long. temp. d. l.* 1. *in fin. de aq. pl. arc.*

discontinuis (*l*) explosa. Postremo non uno modo servitutem usucapimus, sed alias per se, & principaliter, alias per consequentiam. Per se, & principaliter tribus modis. Primus modus est, si eam justo titulo a non domino prædii, quem tamen dominum esse existimabamus, acceptam per tempus constitutum continenter possederimus, qui modus cum rerum corporalium usucapione (*m*) communis est. Secundus servitutum est proprius, si nullo quidem (*n*) titulo præcedente, ceterum nec vi, nec clam, nec precario, idest, domino prædii servientis (*o*) sciente, & patiente per continuum temporis spatium usi servitute fuerimus. Tertius est, si usus servitutis hominis memoriam excedit, in quo nulla alia (*p*) conditio desideratur. Per consequentiam acquirimus servitutem uno modo, cum id prædium usucepimus, cui servitus debetur (*q*).

CAPUT LXXXI.

De jure servitutis quæsitæ; quid contineat, & quomodo conservetur.

Servitutem constitutam habemus. De jure videamus, quæsita quid nobis tribuat, quid de jure servientis prædii adimat. Spectatur id primum in prædiis ipsis; inde etiam ad personas dominorum transfertur. De prædio serviente hoc sit constitutum: quæcumque servitus prædio imponitur, hæc a prædio, non a persona debetur (*r*); prædium inquam, non persona servit; ideoque translato ad alium prædio, servitus (*s*) prædium sequitur, non apud veterem dominum manet. Illud non usquequaque expeditum est, solus ne fundus, cui servitus imposita est, serviat, an una aliqua pars tantum. Et si ut totus serviret nominatim convenerit, dubium non est, quin ex conventione ita diffundatur servitus, ut omnes glebæ (*t*) serviant. Sin autem certus locus exercendæ servituti designatus est, procul dubio hic (*u*) solus serviat, ceteræ partes non item. Quod si simpliciter, via puta, aut iter cedatur, in infinito quidem ab initio ire agere, modo civiliter (*x*) licebit; verum qua primum iter directum est, ea demum servitus (*y*) consistit, ceteræ partes fundi liberæ erunt. In dominanti prædio eadem conditio servitutis; prædii enim servitus est (*z*), prædio, non personæ acquiritur. Proinde & hic si alienatum sit prædium, cum sua (*a*) conditione transibit. Ceterum in eo dissimilis est conditio prædii dominantis, quod quæcumque servitus fundo debetur, omnibus ejus partibus debeatur; & ideo, quamvis particulatim venierit, omnes partes servitus (*b*) sequitur. Jus prædiis impositum, & quæsitum primo, deinde, ut diximus, transfertur ad personas dominorum, ut & ipsi eamdem servitutem debeant, eadem uti possint. Et his igitur servitus quid tribuat, quibus adimat videamus. De Domino prædii dominantis hoc primum habendum, proprietatem loci servientis ad eum non (*c*) pertinere. Jura, quæ ei tribuuntur, partim in usu sunt servitutis, partim in rebus extra servitutem quidem positis, ad usum tamen servitutis necessariis. In jure servitutis tantum habebit, quantum servitutis constitutio (*d*) concedit, quod ex unaquaque specie dijudicatur. Extra servitutem tria accedunt; nova servitus, sine qua consti-

---

(*l*) Quamvis enim usus corporalis in quibusdam, puta actus eundi, agendi continuari nequit. *l.* 14. *hoc tit.* possessio tamen non amittitur, quamdiu ea animo retinetur. §. 5. *Inst. de interd. l.* 3. §. 7. *de acquir. possess.* Quod vel magis in rebus incorporalibus obtinere debet, & argumentum est in *l.* 1. §. 1. *&* 2. *de it. act. priv.*

(*m*) De quo accipienda est *l. ult. in fin.* C. *de præscr. long. temp.*

(*n*) Nam titulus ibi demum necessarius, ubi initium possessionis est a non domino. *Inst. de usuc. in pr.* Sed tunc nihil juvat dominum ignorantia. *d. l. ult.* At in hac specie scientiam exigimus, titulum non item; alioqui statim sine usucapione res a domino tradita transferretur. *l.* 31. *de acq. rer. dom.*

(*o*) *d. l.* 10. *ff. si serv. vindic. l.* 1. *in fin. de aq. pluv. arc.* 2. C. *hoc tit.* ut scientia, & patientia domini vice tituli; aut boni initii sint possidenti. Sententia comm. a qua tamen Duat. & Ræv. secutus recedit Treutl. *vol.* 1. *disp.* 17. *th.* 9.

(*p*) Quæ alias requiritur ad servitutes tempore acquirendas. *l.* 3. §. 4. *de aq. quot.* Ant. Fab. 19. *conj.* 11.

(*q*) *l.* 10. §. 1. *ff. de usuc.* Revera autem nihil hic usucapitur, sed prædium suæ conditiones sequuntur. *l.* 23. §. 2. *de serv. rust.*

(*r*) *l.* 12. *com. præd. l.* 13. §. 1. *l.* 23. §. 2. *de serv. rust. & passim.*

(*s*) Etiamsi invito domino. *d. l.* 23. §. 1. *l.* 36. *de serv. rust. l.* 10. §. 2. *de usuc.* multoque magis transibat ad hæredes. *l.* 8. §. 3. *de lib. leg.*

(*t*) Nec quidquam in eo agro dominus facere possit, quo servitus impediatur. *l.* 13. §. 1. *de serv. rust.*

(*u*) Ut fieret, si in libera loci electione ab arbitris postea determinatus esset. *d. l.* 13. §. 1.

(*x*) Non per villam, aut medias vineas. *l.* 9. *de servit.*

(*y*) *d. l.* 9. *d. l.* 13. §. 1. At utri hic damus electionem, si testator nihil dixerit? Pac. tribuit hæredi, sine captione tamen legatarii. *arg. l.* 26. *de serv. rustic.* 3. *q.* 52. Cepolla contra legatario. C. 23. *de serv. urb.* idque ex communi doctrina. *arg. d. l.* 9. *& l.* 21. *de serv. rust.* Quæ sententia cum plenius interpretetur voluntatem defuncti juxta *l.* 12. *de reg. jur.* omnino probanda est, nisi ex verbis appareat aliud sensisse testatorem. *arg.* §. 22. *Instit. de leg.*

(*z*) *d. l.* 13. *in pr. l.* 23. §. 2. *de serv. rust. l.* 12. *com. præd.*

(*a*) *l.* 20. §. 1. *de acquir. rer. dom. l.* 8. §. 3. *de lib. leg. d. l.* 23. §. 2.

(*b*) Nempe quia in constituenda servitute hoc aperte actum est. *d. l.* 23. §. *ult. l.* 25. *de serv. rust.*

(*c*) Quippe jus omne servitutis in solo ejus usu positum. *l.* 4. *in pr. si serv. vind.*

(*d*) Sin ambigua, aut obscura oratio est, verba contra eum interpretamur, qui potuit legem apertius dicere. *l.* 17. §. 1. *de serv. urb. l.* 39. *de pact.*

constituta recte uti non (*e*) possumus; refectio (*f*) loci, per quem servitus constituta est; accessio, & rerum ad refectionem necessariarum in vicina loca (*g*) importatio. Hinc non difficile est colligere, quantum servientis prædii domino adimatur (*h*).

Proditæ sunt ad hæc jura tuenda duæ actiones; confessoria, & negatoria, similiter ut in usufructu. Confessoria datur ei, qui servitutem sibi competere confitetur, idest, contendit, asserit; negatoria domino, qui (*i*) servitutem se debere negat. Ambæ in rem; utpote quibus rem nostram petimus, aut servitutem vindicando; aut rei nostræ persequendo libertatem. Utriusque autem intentio non tam ex verbis, quam ex (*k*) re æstimanda est. Genere actionum cognito, hic jam sua sponte pene intelligitur, quibus, adversus quos dentur, quid contineant, quemque eventum habeant. Primo confessoria agere, idest, servitutem vindicare nemo potest, nisi qui prædii (*m*) dominus est, possidcat, nec ne, parum (*n*) interest; quamvis rerum corporalium vindicatio possessori denegetur. Datur adversus eos omnes, qui servitutem tenent, possident, quoquo modo (*o*) impediunt. Quid contineat, quemque exitum habeat, tum ex intentione, tum ex officio Judicis cognoscitur. Intentio partim de servitute est, partim de servitutis fructibus. Primum habet duas clausulas; declarationem servitutis (*p*) constitutæ, & restitutionem cum (*q*) cautione nihil in posterum factum iri, quo usus servitutis impediatur. Fructus (*r*) servitutis est id, quod agentis (*s*) interest, servitute prohibitum non fuisse. Quæ in intentione, omnia item sunt in officio (*t*) Judicis, quippe quæ duo sese mutuo arguunt.

Negatoria quoque in (*u*) rem est, ideoque & ipsa soli domino competit (quamvis etiam possessori libertatis) adversus eos, qui libertatem rei nostræ, servitutem usurpando, aut intendendo (*x*), impediunt, vel imminuunt. Petitio hic eadem, idemque officium Judicis, quod de servitute, ut res (*y*) libera declaretur, libertas restituatur, quod positum immissumve est, tollatur, cautio in futurum interponatur, fructus denique in petitionem, & condemnationem veniant, idest, quod actoris interest, adversarium non fuisse usum (*z*) servitute. Atque hæ quidem sunt actiones propriæ servitutum; ceterum sunt & communia quædam remedia, quibus etiam in servitutibus uti licet, de quibus disputamus in volumine sequenti.

CAPUT LXXXII.

Servitutes quemadmodum amittantur.

Postremo & de amissione servitutum agamus. Amittitur servitus, aut ex causa antecedente constitutionem, aut ex sequente. Ex causa antecedente dupliciter; aut jure auctoris (*a*) soluto, similiter, ut ususfructus, aut lege constitutionis tuitione prætoria, si sub conditione, vel in diem (*b*) constituta sit. Ex causa consequente trifariam; confusione, remissione, non utendo. Confusione amittitur, cum prædia confusa sunt, sive cum idem utriusque prædii dominus esse (*c*) cœpit. Remissione, si domino servientis prædii ab eo, cui debetur (*d*), remittatur. Non utendo, servitutes rusticæ, si unum exceperis iter

(*e*) Sic, ex. gr. haustu aquæ concesso, iter quoque ad hauriendum concessum intelligitur. *l.* 5. §. *ult. de serv. rust.* add. Cujac. 9. *ad Afr. in l.* 33. §. 1. *d. tit.*

(*f*) Verbis enim si iter legatum sit, quo nisi opere facto, iri non possit, ut liceat fodiendo, substruendo iter facere, idest, complanare, & sternere. *l.* 10. *de serv.* clivos quoque, & gradus facere; ut in specie *l.* 20. §. 1. *de serv. urb.*

(*g*) Ultra autem, quam ad servitutis usum necesse est, nihil facere licet, nisi quid fiat commodioris usus gratia sine incommodo prædii servientis. *l.* 11. *com. præd. l.* 15. *de serv. rust.*

(*h*) Idque ex unaquaque specie intelligi potest; vetatur enim quid facere contra impositam servitutem. *l.* 15. & *l.* 17. *de serv. urb. l.* 13. §. 2. *de serv. rust.*

(*i*) *l.* 2. *in pr. si serv. vind.* §. 2. *Inst. de act.*

(*k*) l. 4. §. *pen. d. tit.* Don. ad *d.* §. 2.

(*m*) *l.* 1. & *d. l.* 2. §. 1. *si serv. vind.* Fructuarius servitutem non vindicat, sed usumfr. *l.* 1. *si ususfr. pet.* plane emphyteutæ, & superficiario utilis confessoria dabitur, quia pro dominis habentur. *l.* 1. *in fin. de superf.*

(*n*) *l.* 6. §. 1. *l.* 8. §. 3. *si serv. vind.* Rationem reddidi sup. *c.* 74.

(*o*) *d. l.* 6. §. 3. *leg.* 4. §. 5. *l.* 9. *leg.* 10. §. *ult. eod.*

(*p*) Nam per sententiam servitus non constituitur, sed declaratur. *d. l.* 8. §. 4. *l.* 35. §. 1. *de rei vind.*

(*q*) *l.* 7. *si serv. vind.* Quo loco disjuncta pro conjunctis posita esse ex fine ejusdem l. apparet, in servitute oneris ferendi amplius de refectione parietis carendum. *d. l.*

(*r*) Fructus in confessoriam venire certum est. *d. l.* 4. §. 2. & 3. *l.* 6. §. *pen. eod.*

(*s*) Ut si quis ex ea aquam ducere prohibitus siccitatibus aliquid detrimenti ceperit. *l.* 18. *eod.*

(*t*) Cujus arbitrio, si reus non paret, damnatur quanti actor in litem juraverit. *d. l.* 7. *l.* 68. *de rei vindic.*

(*u*) Utpote qua vi ipsa rem nostram, idest, rei nostræ libertatem vindicamus. *l.* 2. *in pr. d. l.* 4. §. *pen. si serv. vind.* Quæ proxime sequuntur, sunt in *l.* 1. & *d. l.* 2. §. 1. *l.* 4. §. *penult. eod. l. penul.* §. *ult. si us. pet.*

(*x*) Quod multis exemplis declaratur in. *l.* 8. §. 5. & *quat. ll. seq.* ff. *si serv. vind.*

(*y*) Sicuti in confessoria declaratur in *d. l.* 8. §. 4.

(*z*) Quæ omnia cognoscere licet ex his locis. *l.* 4. §. 2. *l.* 7. *l.* 11. & *seq. l.* 14. *si serv. vind.*

(*a*) V. C. si rei sub conditione legatæ imposita sit, & conditio extiterit. *l.* 11. §. *ult. hoc. tit. l.* 105. *de condit. & dem.*

(*b*) *l.* 4. *de serv.* vid. *sup. c.* 71.

(*c*) *l.* 1. *hoc tit. l.* 30. *de serv. urb.* Quod si partem tantum prædii nactus sum, quod mihi, aut cui ego serviam, non confundi servitutem placet, quia per partes servitus retinetur, idest, in parte fundi tota servitus. *l.* 18. & *l.* 23. §. 3. *de serv. rust.* VVesemb. *par. de serv. n.* 9. Excipe speciem *l.* 27. *eod.* Sed & si cum per plurium prædia servitus deberetur, unum tantum, atque alterum, non omnia acquisiere, servitus per omnia prædia retinetur. *l.* 15. *hoc t.*

(*d*) Aut aperte *l.* 14. §. 1. *de serv.* aut tacite concedendo in loco serviente id facere, quo servitus impediatur: exempl. in *l.* 8. *hoc tit.*

iter ad (*e*) sepulchrum, duabus his conditionibus amittuntur, una, si (*f*) nemo servitute sit usus; altera, si nemo ea sit usus per (*g*) constitutum continuum tempus. Quod si servitutis usum continuum, aut quotidianum tempus non habeat, forte, quia alternis annis, aut mensibus constituta est, duplicato (*h*) constituto tempore amittitur. Quicumque autem, aut nostro, aut prædii (*i*) nomine servitute fuerit usus, retinebimus servitutem. Ad urbanarum servitutum amissionem præter superiora illa duo accedit & tertium, ut non aliter pereant, non utendo, quam si vicinus simul libertatem ædium suarum usuceperit; veluti in servitute ne luminibus officiatur, si per statutum tempus fenestras suas præfixas habuerit, aut obstruxerit; ædes insuper ipse per idem tempus possederit (k).

(*e*) *l.* 4. *hoc tit.* Non est in causa religio, ut putat Duar. alioqui nec remitti posset, quod secus est *l.* 14. §. 1. *de serv.* Sed quia hoc itinere uti non licet, nisi sepulturæ causa, cui rei certum tempus præscribi non potest.

(*f*) Neque is, cui debetur, neque possessor prædii dominantis *l.* 20. *hoc tit.* Aut si loco quidem usi sunt, sed non jure servitutis, aut jure quidem servitutis; sed non servitute constituta: exemp. in l. 10. §. 1. *&* *seq.* l. 18. *&* *l. ult. eod.*

(*g*) *l.* 6. *de serv. urban. l.* 7. *hoc tit.* Quod tempus est decem, aut viginti annorum. *leg.* 13. *Cod. de servitut.*

(*h*) d. l. 7. idest, adversus præsentes viginti, adversus absentes quadraginta annis; idemque & in longioribus intervallis temporum proportione, & facultate utendi statuendum est. Vid. Conan. 4, *com.* 12.

(*i*) Mercenarius, amicus, hospes, fructuarius, possessor, &c. *l.* 20. *&* *quatuor seqq. hoc tit.*

(*k*) *L.* 6. *de serv. urb.* Hoc ita tam varie, quia cum rusticarum usus positus sit in solo exercitio, & facto ejus, cui debentur, solum quoque ejus non usum placet sufficere ad amittendam tempore servitutem. Contra, urbanæ, quia nihil exercitii habent, sed in sola ejus, qui debet, patientia consistunt, non utendo amitti nequeunt, ideoque non sufficit sublatum esse opus, quod servitutis retinendæ causa habebatur, nisi simul is, qui servit, hac occasione utens ad libertatem rei suæ usurpandam aliquid contra servitutem moliatur in suo. Eleganter Conan. d. *loc.*



JURIS-

JURISPRUDENTIÆ CONTRACTÆ, *SIVE* PARTITIONUM JURIS CIVILIS

Liber Secundus.

CAPUT I.

De eo, quod cuique debetur, sive de Obligationibus.

EX duabus partibus ejus, quod suum cujusque est, in quas juris nostri cognitionem initio partiti sumus, explanata est superiori libro, satis, ut arbitror, diligenter pars illa, quæ vertitur in eo, quod proprium est cujusque, positum tum in persona, tum in rebus extra personam, quas quisque vel jure gentium, vel civili jam acquisivit. Accedamus nunc ad alteram ejusdem divisionis partem, quæ est in eo, quod cuique debetur; eamque, quoniam superioris voluminis magnitudo satis crevit, huic secundo libro mandemus.

Principio sciendum est, etiam id, quod cuique debetur, summo illo (*a*) præcepto juris contineri. Tametsi enim meum, tuum, suum dominium proprie significant, & ea tantum, quæ vindicari possunt; tamen effectu juris inspecto, etiam id nostrum recte dixerimus, ad quod consequendum actionem jure constitutam (*b*) habemus. Hinc illa suum persequi, ad suum pervenire, suum (*c*) recipere pro eo, quod debetur, quod jure præstari oportet. Et in hac igitur parte quæramus, quid sit suum cujusque, idest; quid cuique debeatur; deinde & remedia, quibus id obtineatur, adjungamus. Id vero in obligationum jure, & cognitione totum consistit. Obligatio (*d*) est juris vinculum, quo (*e*) necessitate adstringimur alicujus (*f*) rei solvendæ secundum nostræ civitatis (*g*) jura. Sed non omnis, qui nobis obligatus est, pari necessitate solvendi adstringitur. Quamobrem, ut apertius intelligatur & quid nobis ex unaquaque obligatione debeatur, & qua via id consequi possimus, etiam hic tria illa, quæ in omni parte juris occurrunt, nobis erunt enodanda: primum, quibus ex causis obligatio nascatur; inde, quid contineat, quemque effectum habeat; novissime, quibus modis finiatur. De his igitur, quandoquidem pro conditione obligationis & ipsa variant, in unaquaque obligationis specie dicemus separatim.

CAPUT II.

De obligatione naturali.

OBligationis species duæ sunt; naturalis, & civilis. Naturalis obligatio est naturæ vinculum, & (*h*) æquitatis, quo jure gentium (*i*) adstringimur necessitate alicujus rei solvendæ; ita tamen, ut nulla eo nomine sit (*k*) actio jure civili. Nascitur hæc (*l*) obligatio aut ex conven-

---

(*a*) Nempe suum cuique tribuere. Vid. c. 2. *lib. superioris*.

(*b*) Siquidem, qui actionem habet ad rem consequendam, ipsam rem habere videtur, ut est in *l.* 15. *ff. de reg. jur.*

(*c*) Quæ locutiones tum nostris, tum aliis probatis auctoribus usitatissimæ; ut ostendimus *d. c.* 2.

(*d*) Sic definitur *Inst. de oblig. in pr.* Genus est metaphoricum, forma subjectis, effectu, & causa efficiente remota adumbratur.

(*e*) Effectus indicatur; necessitas autem ista solvendi non est æque plena in omni obligatione, ut inferius apparebit.

(*f*) Materia obligationis verbo generali indicata, quo & facta continentur. *l.* 1. *de reb. cred.* nam substantia obligationis non in dando solum, sed etiam in faciendo consistit. *l.* 2. *ff. hoc tit. de oblig. & act. l.* 2. *in pr. de V. O.*

(*g*) Causa efficiens remota; propinqua enim est factum aliquod obligati præcedens. §. 2. *Inst. hoc tit.* Hac autem adjectione simul temperatur, non, ut male Theoph. potestas solvendi, sed necessitas.

(*h*) *l.* 95. §. 4. *de solut. l.* 11. §. 2. *de pecul.* Duar. c. 2. *hoc tit.* Cum autem æquitas ista una sit, & simplex, obligatio quoque naturalis simplex, & unius generis erit; eadem nempe, quæ & jure gentium; ut recte P. Fab. ad *l.* 84. *de reg. jur.*

(*i*) Is enim natura debere dicitur, quem jure gentium dare oportet. *d. l.* 84. *in fin.*

(*k*) *l.* 10. *ff. de oblig. & act. l.* 16. §. 2. *de fidei juss.* Eorumque locorum hunc esse sensum apertissime liquet ex *d.* §. 4. nisi quis malit cum Gotof. ad *d. l.* 10. vocem *solo* transponere.

(*l*) Ita hanc obligationem ex causis commode distingui posse putamus, paulo aliter, quam Don. enucl. sed explicatius.

ventione; aut citra conventionem. Ex conventione dupliciter; vel quia nulla subest causa præter nudam conventionem; vel quia is, qui contraxit, civiliter se ex conventione obligare non potuit. Principio ubi nulla subest causa, nisi lex conventionem confirmet, non potest obligatio civilis constitui, ne ex nudo pacto nascatur (*m*) actio. Eorum, qui civiliter obligari ex conventione non possunt, duo sunt genera. In priore est pupillus, iique omnes, quibus bonorum administratio adempta est. Pupillum jure civili sine tutoris auctoritate obligari non posse constat (*n*); obligabitur tamen jure naturali, si (*o*) intelligens, quod agitur, contraxerit. De ceteris dabitur alibi dicendi locus. In posteriore genere sunt servus, & filiusfamil. Servi, quamvis jure civili pro nullis (*p*) habeantur, naturaliter tamen, & obligantur, & obligant. Inter patrem, & filium, qui in ejus potestate est, itemque inter duos fratres, qui sunt in ejusdem patris potestate, nulla jure civili nascitur actio in iis bonis, quæ patri acquiruntur; nihilominus tamen (*q*) naturalis obligatio inter eos contrahitur. Extra parentem autem, si quid filius gesserit, contraxerit, ex omnibus casibus efficaciter (*r*) obligatur; præterquam si mutuam pecuniam acceperit, quo casu, manente naturali obligatione, exceptione Senatusconsulti (*s*) defenditur. Citra conventionem oritur naturalis obligatio aut ex facto aliquo præcedente, quo tamen non id agitur, ut vicissim quid certi præstetur, cujusmodi est beneficii accepti causa, cujus species quædam est manumissio; hinc (*t*) obligatio ad ἀντίδωρα, & operarum officialium debitio naturalis, aut illo facto præcedente ex sola causa pietatis, ut obligatio ad alimenta, & dotem (*u*).

Effectus harum obligationum naturalis unus est omnium communis; necessitas solvendi non legis, aut Judicis imperio, sed naturæ (*x*) jussu imposita; civilis, varii, ac dispares, prout postulare civium utilitas visa est legislatori; nam quæ hujus generis sunt obligationes, earum quædam in totum juris auxilio destituuntur; quædam non omnino hujus auxilii sunt expertes. Prioris generis est obligatio beneficii accepti, in qua nulla necessitas præter illud æquitatis, & honestatis naturalis vinculum, quo ad gratitudinem & remunerationem (*y*) obstringitur is, qui beneficium accepit, si vir bonus haberi volet; ad exigendum, aut retinendum (*z*) obligatio nulla. Operarum tamen, quæ ex causa manumissionis patrono naturaliter debentur, obligatio hunc effectum jure civili habet, ut solutæ per errorem repeti non (*a*) possint. Similiter si is, cui bonis interdictum est, quid promiserit, adeo non tenet obligatio, ut ne (*b*) fidejussores quidem pro eo intervenire possint. Tantundem dici poterit de transactione (*c*) alimentorum S. C. prohibita; item de intercessione mulierum, nisi quod obligatio hinc nata actionem pariat, sed quam inefficacem reddit perpetua S. C. (*d*) exceptio. Ceteræ obligationes naturales, si unam dempseris actionem, eosdem pene effectus jure civili habent; quos vera & efficax obligatio, ac de hujusmodi obligationibus potissimum agunt Jurisconsulti, cum (*e*) ajunt naturaliter quem obligari. Effecta hæc aut principalia, aut accessoria. Principalia (*f*) duo: soluti retentio, & compensatio. Accessiones (*g*) quatuor, quas easdem recipit & obligatio civilis: constitutum, pignus, fidejussio, novatio. Minus tamen efficacitatis habet obligatio pupilli sine tutoris auctoritate contracta. Hæc enim solas admittit (*h*) accessiones, cetera, quæ pupillo noceant, respuit; & idcirco, quod pupillus ita promisit, ne na-

(*m*) *l.* 7. §. 4. *de pact.* ubi quod dicitur, nudam pactionem non parere obligationem, de civili, & efficaci illa, quæ proprie, & absolute obligatio dicitur accipiendum esse apparet ex eo, quod additur, sed parit exceptionem. Ceterum constat jam ubique fere invaluisse, ut non minus Pacta nuda, cum stipulationes obligationem, & actionem pariant.

(*n*) *l.* 117. *de V. O. l.* 1. *in fin. de novat. l.* 25. §. *pr. bum. d. t. ced.* quo effectu mox indicabitur.

(*o*) Idest, si pubertati sit proximus. *argum.* §. *pupillus*, 9. *Inst. de inut. stipulat.* §. *penult. Inst. de obl. quæ ex del.*

(*p*) §. 12. *Inst. d. tit.* junct. *l.* 64. *de cond. ind.* & *l.* 32. *de R. Jur.*

(*q*) *l.* 38. *de cond. ind.* Præcedentia sunt in *d.* §. 12. & *in l.* 4. *ff. de judic. d. l.* 38. *in pr.* Nostris moribus hæ personæ efficaciter invicem obligantur.

(*r*) *l.* 39. *hoc tit.* modo pubes sit.

(*s*) *l.* 1. *l.* 9. §. *ultim. de S. C. Mac.* Vid. c. 11. & 12. *inf.*

(*t*) *l.* 25. §. *consuluit*, 22. *de hær. pet. l.* 54. *de furt. l.* 26. §. *libertus*, 12. *de cond. ind.*

(*u*) *l.* 19. *de ritu nupt. l.* 32. §. 2. *de cond. ind.* ex sola æquitate, & charitate sanguinis. *l.* 5. §. 2. *de agn.* & *alend. lib.*

(*x*) Cui qui non parebit, ipse fugiet, ac naturam hominis aspernabitur, atque hoc ipso luet maximas pœnas &c. Cicero 3. *de rep.* ut refert Lactant. *lib.* 6. *cap.* 8.

(*y*) *d. l.* 25. §. 11. *de hær. pet. d. l.* 54. *de furt.* Et si contemplatione istius vinculi quid præstiterit, cessabit repetitio. *l. pen.* §. 1. *de don. l.* 6. *ff. mand.*

(*z*) Neque enim beneficia fœneramur, aut in calendario scribimus, testib. Cicer. & Senec.

(*a*) *d. l.* 26. §. 12. *de cond. ind.* propter inæstimabile beneficium, quod libertus accepit.

(*b*) *l.* 6. *de V. O.* quasi negotium nullum gestum esset. *l.* 70. §. *pen. de fidejuss.*

(*c*) Testamento, vel codicillis relictorum. *l.* 8. §. 1. *de transact. l.* 23. §. 2. *de cond. ind.*

(*d*) De qua inf. c. 13. At efficere Senatus non potuit, quominus naturaliter obligentur. *l.* 2. §. 1. *de usuf. car. rer.* Cic. *d. loc.*

(*e*) Aut negant. *l.* 41. *l.* 64. *de cond. ind. l.* 16. §. 4. *de fid. l.* 1. *in fin. de nov.* ut recte monet VVesemb. in *par. hoc tit. n.* 5.

(*f*) De quibus est in *l.* 19. *in pr. de cond. ind. l.* 6. *ff. compensat.*

(*g*) Quas ordine reperire est in his locis, *l.* 1. §. *pen. de const. pec.* §. 1. *Inst. de fideic. l.* 5. *de pign. l.* 1. *in fin. de nov.*

(*h*) De fidejussore hoc diserte scriptum est in *d. l.* 1. *in fin. de nov.*

ut natura quidem deberi (*i*) dicitur. Contra, dotis, & alimentorum obligatio ceteris est efficacior, quippe quæ etiam præstandi necessitatem adjunctam habet, ut hac parte videatur spectare ad obligationes civiles, licet ex sola æquitate, & charitate sanguinis (*k*) nascatur. Ut ut. fit, parentes liberi duo debent, dotem, & (*l*) alimenta; ac utrumque, ut pro modo facultatem præstent, auctoritate Magistratus (*m*) compelli possunt. Alimentorum verbo continentur omnia, quæ ad exhibendos, idest, alendos, & educandos liberos (*n*) pertinent. Idem officium vice mutua pietas, & commiseratio liberis injungit, ut & ipsi (*o*) parentibus eadem alimenta præstent. Sed ut parens hac conditione liberis alimenta debet, si (*p*) egeant, ita vicissim liberi egentibus parentibus tantum. Ceterum liberi præter alimenta etiam (*q*) reverentiam & honorem parentibus natura debent. Quæ obligatio quadruplicem (*r*) potissimum vim habet; primo, ut ne parentes in jus vocare sine permissu Prætoris liceat; secundo, ne actio ulla famosa, aut quæ fraudis, dolive mentionem habeat adversus eos intentetur: tertio ne ultra quam facere possint, conveniantur: Postremo, si qua contumelia, aut injuria afficiantur, crescat propter personam parentis injuriæ crimen. Liberti erga patronum eadem prope obligatio; nam & alimenta patrono egenti debet, nec patrono tantum, sed etiam liberis patroni, & (*s*) parentibus, & hoc amplius obsequium, operas (*t*) successionem. Sed fortasse non omnia hæc sunt hujus loci.

Finitur naturalis obligatio partim communibus modis, partim propriis. Communes sunt, quibus obligatio quoque civilis tollitur, qualis est solutio, confusio. Proprii sunt, quibus in civili obligatione intervenientibus contingit quidem liberatio; sed non ipso jure, verum per exceptionem tantum, ut pactum, jusjurandum; at naturalis obligatio, quæ solo æquitatis vinculo sustinetur, etiam his modis (*u*) ipso jure tollitur. Cum autem personæ conditio, aut pietas sola obligationi locum facit, sequitur, ut sublata persona, & ipsa extinguatur, nec ad hæredes (*y*) transeat.

CAPUT III.

De obligatione civili.

Civilis obligatio iterum bipartita; nuda civilis, civilis efficax. Nuda (*z*) est, quæ jure quidem civili actionem parit, sed quæ per exceptionem jure prætorio repellatur. Nascitur hæc actio ex iisdem causis, ex quibus civilis efficax; cui consequens est, ut & eadem, quæ illa, contineat. Tunc autem fit nuda, cum ea facta interveniunt, ex quibus nascuntur exceptiones peremptoriæ, nec (*a*) interest tale sit factum, quod obligationem naturalem penitus tollit, aut impedit, ut si debitor pactus fuerit, ne a se pecunia peteretur, aut si quis metu coactus, aut dolo inductus quid promiserit; an tale, quod manente etiam vinculo quodam naturali, vim obligationis omnem elidat; ut si, verus debitor judicio absolutus sit, aut deferente creditore juraverit se nihil debere. Nam quia (*b*) nihil interest, utrum quis actionem non habeat, an eam, quæ per exceptionem infirmetur, nudæ istæ obli-

(*i*) *l. 41. de cond. ind. l. 59. hoc tit.* Atque hæc nostra de origine, & effectis naturalis obligationis conjectura, ut simplicissima est, ita proxime abesse nobis videtur a theorica veritate.

(*k*) *l. 5. §. 2. de agn. & alend. lib. l. 32. §. 2. de cond. ind.*

(*l*) *l. 19. de rit. nup. l. 6. de collat. l. 5. de agnosc. lib.* Filio quoque donationem propter nuptias. *l. ult. C. de dot. prom.*

(*m*) *d. l. 19. d. l. 5. in pr.* Quod in alimentis a Judice æstimatur *d. l. 5. §. 7. & 11.* Si non præstentur, pignoribus captis, & distractis, coercentur. *d. l. 5. §. 11.* De dote pro modo facultatum constituenda videri potest Menoch. *arb. cap.* 149.

(*o*) *d. l. 5. §. 12. l. ult. §. 5. C. de bon. quæ lib.* Non tantum cibariæ, sed etiam vestitus, habitatio, cura ægroti. *l. 41.* ubi Gæd. *& seq. de V. S.*

(*o*) *d. l. 5. in pr. & §. 16. d. l. ult. §. 5.* Et quemadmodum liberi cujusvis sexus, aut gradus, etiam emancipati a parentibus alendi, ita & vice mutua hi ab illis. *d. l. 5. §. 1. & seq.* Mater quoque a liberis vulgo quæsitis, ut hi ab illa. *d. l. 5. §. 4.* Sane æs alienum parentis non esse cogendum exsolvere filium rescriptum est in *d. l. 5. §. 16.*

(*p*) Si aut bona ipsi non habent, aut artificium non didicerunt, unde se exhibeant. *d. l. ult. §. 5. §. 7.* cui consequens est, alimenta non deberi filio, qui habet bona adventitia. Quid si possint manibus suis victum commode quærere? & ne hos quidem esse alendos putat Tiraquellus, nisi nobiles sint, aut ejus conditionis, quos operæ mercenariæ dedeceant. Plura de his, quibus incumbit necessitas alendi, vid. apud Coler. *lib. 1. passim.* & Sure *de al m. tit.* 1.

(*q*) *l. 1. & tot. tit. ff. de obs. par. pr. l. 4. & seq. C. de pat. pot.*

(*r*) Vid. *l. 3. & 6. de in jus voc. l. 1. 5. & duas seqq. de obseq. par. præst.* Nulla proprie harum rerum obligatio est, ut dotis, & alimentorum, sed si contra factum fuerit, plerumque ex delicto nascitur. *d. l. 4. C. de pat. pot. l. pen. de in jus voc.*

(*s*) *d. l. 5. §. 18. usque ad fin.* Contra patronus liberto nihil debet; attamen si egenti alimenta denegaverit, amissione libertatis causa impositorum; & hæreditatis liberti punitur. *l. 7. de ag. lib.*

(*t*) Sed neque in his proprie obligatio est. Vid. *c. 3. lib. 1. in fin.*

(*u*) *l. 95. § 4. de solut.* congruit *l. 35. de reg. jur.* Civilis autem per exceptionem tantum, atque ea iterum per replicationem, *l. 27. §. 2. de pact.* Sed hæ subtilitates, ut & complures aliæ hodie non sunt in usu, cum non solum ex jurejurando, sed etiam ex quovis pacto serio inito actio detur, & vicissim tollatur. Plura si quis desideret, adeat VVesemb. in *par. de pact.*

(*y*) Nisi in summa egestate ejus, qui alendus est. *d. l. 5. §. 17. de agn. lib.*

(*z*) Quod genus indicatur in *l. 3. §. 1. de const. pec.* A *tit. Inst. de except.*

(*a*) Uti liquet ex §. 1. *& quatuor. seq. Inst. d. tit.*

(*b*) Ut est regula juris. *l. nihil interest 112. de reg. jur.*

obligationes propemodum fine re sunt, nec ullum (*c*) effectum naturalis, aut efficacis obligationis jure civili habent; excepto eo, quod filiusfam. qui exceptione S. C. se tueri poterat, solutum per errorem repetere (*d*) non potest. Sed hæc ita se habent, si opponatur exceptio. Omissam exceptionem hæc sequitur utilitas, ut in strictis judiciis nihilominus procedat actio, eaque probata, reus (*e*) condemnetur; sed & creditor, qui propter prius pactum exceptione removeri poterat, posteriore pacto consequi potest, ut utiliter (*f*) petat; quod sine actione præcedente petere utiliter non potuisset.

Obligatio civilis efficax est, quæ jure civili constituta actionem efficacem parit, hoc est, eam, quæ per exceptionem perpetuam non removetur. Et quia hæc sola plenam præstandi necessitatem habet, idcirco proprie, & absolute obligatio in usu juris vocatur. Obligationis hujus item duæ species, quarum una est ex parte publica, altera tota privata. Ex parte publica est, qua Cives Reipub. aut Civitati tenentur, tum in patrimonio ad tributa solvenda, tum in muneribus obeundis, quoad personam. Privata rursus duplex: aut enim ex persona obligati nascitur, aut ex persona alterius. Quæ obligatio ex persona obligati jure civili inter privatos nascitur, ea non nascitur nisi ex (*g*) causa aliqua, & facto obligati præcedente. Factorum, & causarum variæ figuræ ad (*h*) bina specierum paria commodioris doctrinæ gratia revocatæ sunt: contractum, quasi contractum; maleficium, quasi maleficium. De his igitur obligationibus deinceps dicemus, servato in singulis locorum istorum ordine, de ortu, effectu, interitu cujusque; ita tamen, ut tertium illud in extremum locum rejiciatur, qui est de solutionibus, & liberationibus, omnium obligationum communis.

CAPUT IV.

De obligationibus, quæ ex contractu nascuntur.

Obligationis ex contractu unam esse causam apparet, contractum. Contractus (*i*) est duorum, aut plurium consensus in hoc, ut unus alteri quid det, aut faciat, jure ad eam rem, & præstationem comprobatus. Hæc definitio tria continet, quibus contractus omnis, qualem nunc intelligi volumus, perficitur. Primum est duorum, aut plurium consensus, uno verbo (*k*), conventio; alterum, ut quid præstetur, detur, (*l*) fiat; tertium, ut consensus iste jure ad eam rem (*m*) comprobetur. In primis hoc tenendum, nullum esse contractum, qui in se non habeat conventionem; sive re fiat, sive verbis; nam & stipulatio, quæ verbis fit, nisi consensum habeat (*n*), nulla est. Non esse hunc consensum in eo, quod geritur, bifariam deprehenditur; vel quia unius tantum factum intervenit, qua nota a contractu segregantur hæc quinque (*o*): quasi contractus, maleficium, quasi maleficium (*p*), pollicitatio, & supremæ (*q*) voluntates; vel quia factum quidem utriusque intervenit, sed non consensus. Id arguitur partim rebus externis, partim conceptione ipsa conventionis. Externarum rerum, quæ dissensum arguunt, tria genera: error promittentis, aut contrahentis; extorta voluntas: propositum contrahentium institutæ obligationi contrarium. Primum non consentiunt, qui (*r*) errant. Quid enim consensui tam contrarium, quam error, qui imperitiam dete-

(*c*) Quod significat Ulp. cum ait: Pecuniam ex hac obligatione debitam, juribus debitam non esse. *d. l. 3. §. 1. de pec. const.*

(*d*) Quia vis naturalis obligationis Senatus consulto sublata non est. *l. 9. in fin. & l. seq. de S. C. Mac.* propositum enim fuit Senatui non tam filium liberare, quam punire fœneratorem. *l. 1. eod. l. 40. de cond. ind.*

(*e*) Nam si exceptionem sibi prodesse velit, necesse est eum initio contestari. *l. 8. & seq. Cod. de exc. l. 9. C. de præscr. lon. temp.* Idque omnino conveniens est rationi judiciorum veterum, ut in parte secunda latius demonstrabitur; quamquam hoc communis abjudicat opinio per *l. 2. C. sent. resc.* quæ in foro observatur, ut saltem sub beneficio restitutionis adhuc opponi possint.

(*f*) Exceptionem pacti elidendo replicatione. *l. 27. §. 2. de pact.*

(*g*) Hoc est, quod Pap. ait, obligationes, quæ propriis viribus non consistunt, neque officio Judicis, neque imperio Prætoris, neque lege confirmari. *l. 27. ff. de oblig. & act.*

(*h*) *§. Inst. hoc tit.* Cajus *l. 1. ff. eod.* contractum, & maleficium expressit, reliqua duo comprehendit sub variis causarum figuris, idest, factis, quæ nec in contractum, nec in maleficium cadunt, ut exempla subjecta explicatione divisionis manifeste probant. Commodius autem Just. varias istas figuras, sive species causarum ad duo genera revocavit, quasi contractum, & quasi maleficium. Longius a lege rectæ distributionis recedit divisio Modest. in .. 52. *eod.*

(*i*) De significatione hujus verbi, usuque veterum vid. Don. nostrum ad *l. 1. si cert. pet.*

(*k*) *l. 7. in pr. de pact.* Conventio idem valet, quod pactio. Pactio autem dicitur duorum, aut plurium consensus. *l. 1. §. 2. eod. l. 3. de pollic.*

(*l*) Quo distinguitur a conventione liberatoria. Hoc autem nihil aliud est, quam quod Paul. dicit, ut obligatio constituatur. *l. 3. §. 1. ff. de obl.* cujus substantia in hoc consistit, ut quid detur, aut fiat. *d. l. 3. in princ.*

(*m*) Quod satis intelligitur ex §. 2. *Instit. & l. 27. ff. eodem.*

(*n*) *l. 1. §. 3. de pact.* Ex quo intelligitur, quomodo accipiendum, quod dicitur, quosdam contractus consensu perfici. *l. 1. §. 1. ff. de obl. & act.* nimirum solo consensu. *Inst. de obl. ex consensu.*

(*o*) Sciendum tamen hunc esse usum auctorum juris in quasi contractu, ut interdum absolute contractus vocetur. *l. 49. eod. l. 16. de neg. gest.* Abusive nimirum propter unius cum altero similitudinem.

(*p*) Quæ est unius tantum offerentis promissum. *l. 3. de poll.*

(*q*) Hoc est, quod Ulpian. ait: verba, contraxerunt, gesserunt, non pertinere ad testandi jus. *l. 20. de V. S.*

(*r*) *l. 2. de judic. l. 15. de jurisd.*

detegit? At vero non omnis error consensum non habet. Error aut est in nomine proprio personæ, aut rei, de qua agitur, aut in persona ipsa, aut in re promissa, aut denique in causa promittendi. Primi generis error, dum de persona, & re ipsa constet, de consensu (*s*) nihil mutat. In persona autem qui (*t*) errat, puta Titio stipulanti promittit, quem putet esse Sempronium, omnino non obligabitur. Tantumdem est, si erratum sit in re promissa, dum de alia stipulator, de alia promissor (*u*) sensisset. Quid tamen, si non in ipso corpore error sit, sed in substantia rei, aut materia? ut puta si quod vinum credebatur, acetum ab initio fuerit. Et utique, quia in corpore consensum est, valebit stipulatio: emptio autem, quia in materia erratum, non (*x*) valebit. Si in causa dandi quis erraverit, cum suo ipsius errore inductus putat se debere, quod non debet, & stipulanti promittit, hic summo quidem jure obligatus erit, sed si conveniatur, exceptione doli se defendere (*y*) potest.

Extorquetur voluntas aut dolo, aut vi, & metu. Qui dolo adversarii deceptus quid promisit, aut contraxit, placet eum non teneri, quia consentire non (*z*) intelligitur, & si quidem bonæ fidei judicium est, qui ita deceptus contraxit, ipso jure non (*a*) tenebitur; in contractibus autem stricti juris erit quidem subtilitate juris obstrictus, sed exceptione (*b*) doli uti poterit. Tantumdem fere de his, quæ metus causa gesta sunt, præceptum (*c*) esto.

Propositum obligationi contrarium satis arguit ea, quæ in speciem geruntur, non eo animo geri, ut constituatur obligatio; ut si quid geratur donandi, jocandi, docendi, simulandi causa. Exemplo erimus contenti uno. Propone pecuniam alicui donandi causa numeratam esse, etiamsi externa specie mutuum, aut quis alius contractus simuletur, placet tamen ex imaginario ejusmodi contractu nullam nasci (*d*) obligationem. Et generaliter probandum est, in omni re plus valere quod agitur, quam quod simulate (*e*) concipitur.

Ipsa conceptio conventionis dissensum arguit, cum his omni conditione adjecta, cujus vis est, ut nihil habeatur priusquam conditio (*f*) extiterit; tum penitus in duabus his conditionibus, impossibili, & in voluntatem promittentis collata. Conditione impossibili adjecta, non solum stipulationes nullius momenti sunt, sed etiam ceteri quoque (*g*) contractus; quoniam in hujusmodi actu talis procul dubio contrahentium cogitatio est, ut nihil agi existiment, apposita ea conditione, quam sciant esse impossibilem. Pari ratione, si conditio conferatur in promissoris voluntatem, dicendum est nullam esse obligationem, quia aperte hoc agitur, ut nihil (*h*) debeatur. Sed hoc ita, si conditio hæc exprimatur, hoc modo: dabis si volueris: diversum est, si (*i*) tacita insit, veluti, si dictum sit: dabis cum volueris, in quo sequimur regulam; expressa nocent, non expressa non (*k*) nocent.

Secundum, quod ad vim contractus exigimus, est, ut conventio sit in hoc, ut alteri quid det, aut faciat; ut hac nota removeatur conventio de non petendo. Sufficit autem

---

(*s*) *l.* 32. *de V. O.* congruit §. 29. *Inst. de leg. l.* 4. *C. de testam.*

(*t*) *d. l.* 2. *de jud. d. l.* 15. *de jurisd. & arg. l.* 9. *in pr. de her. inst.*

(*u*) *l.* 83. §. 1. *l.* 137. §. 1. *de V. O.*

(*x*) *l.* 22. *eod. l.* 9. *in fin. de cont. empt.* Cur tam varie? nimirum, quia emptor non potest videri consensisse in pretio, cum utique acetum longe minoris empturus fuisset; at stipulatoris, qui nihil vicissim præstat, consensum in corpore nihil impedit. Plane si non in totum in materia erratum sit, etiam emptionem valere placet, ut in specie *l.* 14. *d. tit.*

(*y*) *l. si quis,* 36. *de V. O.*

(*z*) Nec enim tam paciscitur, quam decipitur. *l.* 9. §. 2. *de trans.*

(*a*) *l.* 7. *in pr. de dol. l.* 3. §. *ult. pro soc.* Et hoc est, quod vulgo DD. ajunt, dolum dantem causam contractui bon. fid. eum reddere ipso jure nullum, Mynſ. & Schneid. ad §. 28. *Inst. de act.* fuse Gœdd. *de cond. stip. c.* 3. *conc.* 7. *n.* 113. *& seqq.* Secus in dolo incidente, si quis non in hoc decipiatur, ut contrahat, sed cum contracturus esset, circumveniatur in quantitate, aut qualitate; quomodo accipiendi sunt loci omnes, qui ab aliis in contrarium citantur.

(*b*) *l. penult. C. de inut. stip. dict. l.* 36. *de V. O.* Aliter igitur in bon. fid. judiciis dolus purgatur, aliter in strictis: removetur tamen in omnibus, quia in omnibus bonam fidem considerari æquum est. *l.* 4. *Cod. hoc titulo.*

(*c*) *d. l. pen.* Et certe consensui nihil tam contrarium, quam vis, atque metus. *l.* 116. *de R. J.* Addidi tamen fere, quia an judiciorum ista distinctio in metu perinde, ut in dolo locum habeat, adhuc ambigo; potest quidem dici, in metu & dolum esse. *l.* 9 *antep. de eo quod met. ca.* sed ita ut ceteris delictis. *l.* 2. §. 8. *vi bon. rap. l.* 7. *ad l. corn. de sicar.* Tanquam proæresis & propositum delinquendi; ceterum in eo, qui decipitur, nullam esse voluntatem error arguit. *l.* 15. *de jurisdict.* in eo, qui metu cogitur, nulla quidem libera, sed est aliqua tamen, licet coacta. *l.* 21. §. 5. *de eo, quod met. caus.* Quippe quod eligitur, quatenus consideratur, ut depulsio majoris mali, rationem boni habet, & fit objectum voluntatis. Arist. 3. *eth.* 2. *& Reth.* 1.6. Novissime subtiliter hac de re disputat Bachov. in *not. ad Treut. disp.* 28. *thesi* 2. *vol.* 1.

(*d*) *l.* 3. §. 1. *&* 2. *l.* 53. *hoc t. l.* 21. *C. de transact. l.* 6. *C. si cert. pet. l.* 55. *ff. de cont. empt.*

(*e*) At enim non tantum, quod gestum est, irritum sit, sed quod simulatur. *tot. tit. C. plus valere quod ag. quam quod sim. concip.*

(*f*) §. 4. *Inst. de V. O. l.* 113. *de V. S. l.* 8. *de per. & com. rei vend.*

(*g*) *l.* 31. *hoc tit.* §. 10. *Inst. de inut. stip. l.* 7. *de V. O.* Cur aliud observetur in testamentis dictum est obiter *lib.* 1. *c.* 38.

(*h*) *l.* 8. *hoc tit.* Ubi eadem redditur hujus juris ratio. *l.* 45. *in fin. de V. O.*

(*i*) *d. l.* 46. §. *pen.* Illic exprimitur conditio, hic tempus; & tamen quod hic exprimitur, illic significatur, & vice versa. *leg.* 22. *in fin. princ. q. dies leg. ced.*

(*k*) Facta est hujus regulæ mentio etiam in ultimis voluntatibus. *d. c.* 38. *&* 54. *lib.* 1. extat in *l.* 52. *in fin. de cond. & dem.*

tem (*l*) unum alteri quid dare, aut facere; ut uterque alteri quid præstet ad contractus substantiam non desiderari argumento est vetus & recepta contractuum divisio (*m*).

Tertium erit, ut quæcumque conventio est, aut consensus, is jure comprobetur. Id intelligitur ex eo, quod omnes obligationes, aut civiles sunt, aut prætoriæ, idest, alterutro jure comprobatæ (*n*). Comprobari autem intelliguntur, si quatuor hæc, jure ad eam rem recepta, concurrant: conventio ipsa per se, seu consensus, tamquam causa efficiens; finis dandi, acquirendique; res ipsa in obligationem deducta, tamquam materia; personæ contrahentium, partim, ut efficientis causæ pars, partim, ut subjectum recipiens obligationem. Neque tamen omnia hæc ad constituendam obligationem statim idonea; proinde quid in singulis animadvertendum sit, ordine disputandum est.

CAPUT V.

De notis, & caussis obligationum ex contractu.

PRimo non ex quavis conventione nascitur obligatio; nam quæ liberationis causa interponitur, non obligationem parit, sed tollit, interdum quidem ipso (*o*) jure, sæpius autem per exceptionem, ut pacta fere omnia, etiam quæ ex (*p*) intervallo interponuntur. Sed etsi conventio erit in hoc, ut alter alteri obligetur, ne sic quidem statim obligationem parit. Multum enim refert nuda ne sit pactio, an non nuda. Si nuda est, constans est veterum definitio, ex nuda pactione obligationem non (*q*) nasci, nisi facta sit legitima. Si non est nuda, ea demum usquequaque obligationem, & actionem parit. Quid sit nudum pactum nullo negotio intelligetur, si prius constituerimus, quid sit non nudum. Sciendum igitur est privatarum conventionum duas esse (*r*) formas: jurisgentium unam, alteram legitimam. Jurisgentium conventio omnis actionem parit, quæ non est nuda. Ea ex duabus notis (*ſ*) cognoscitur. Una est, si in nomine suo non stet, sed transeat in proprium nomen contractus; ut emptio venditio, locatio conductio, mandatum, societas, commodatum, depositum. Altera nota est, si præter conventionem subsit causa, puta si quid tibi dedi, aut feci ea lege, ut vicissim mihi quid dares, aut faceres. Si neutrum horum erit, idest, si pactio neque proprio, & ab aliis distincto † nomine appelletur, neque causam ullam habeat, præter solam conventionem, ea vero est, quæ nuda dicitur, & ad quam regula paulo ante tradita pertinet. Enim vero pacta, quæ bonæ fidei (*t*) judiciis in continenti adjiciuntur, verius est, nuda non esse, sed transire in eos (*u*) contractus, quibus adhibentur. Legitima conventio est, quæ lege aliqua confirmatur. Et ideo interdum ex pacto actio nascitur, vel tollitur, quoties (*x*) lege, vel Senatusconsulto, aut a Prætore adjuvatur. Lege confirmari conventio dicitur (*y*) bifariam, vel quia lex certam ei formam dat, cujusmodi est stipulatio, & contractus emphyteuticus; vel quia, manente interim nuda, & simplici forma conventionis, efficacem eam esse vult, aut ad obligandum, & agendum, quale est pactum donationis, conventio de pignore, constitutum; aut ad obligationem, & actionem jure constitutam ipso jure tollendam, ut pactum injuriarum, furti. Atque hæc quidem pro instituto ex loco pactorum leviter delibata sufficient fortasse ad vim conventionum, quam quærimus, intelligendam; universæ autem rei explicandæ non sufficiunt. Di-

(*l*) Sic in stipulatione unus tantum obligatur promissor, in mutuo is solum, qui accepit: utrumque tamen contractus est, & dicitur *l.* 31. *h. tit. l.* 9. §. 4. *de reb. cred.*

(*m*) §. *ult. Instit. hoc tit.* Cur igitur Labeo in *l.* 19. *de V. S.* contractum definit ultro, citroque obligationem, id est, ut ego interpretor, factum ex quo ultro, citroque obligatio nascitur? nimirum apparet ex exemplis subjectis; Labeonem non omnem contractum definire voluisse, sed quod proprie *synallagma* dicitur, verbo generali juncto, cum aliis finitimæ significationis ad certam speciem reducto, quod tralatitium est, §. 5. *Instit. qu. mo. re. inf. & simil.*

(*n*) Aut constitutæ. §. 1. *Inst. de obl.*

(*o*) Ut in caussis, de quibus in *l.* 17. §. 1. *leg.* 58. *de pact.*

(*p*) *l.* 7. §. 4. *&* *l.* 13. C. *eod.*

(*q*) *d. l.* 7. §. 4. *l.* 10. C. *eod.* Igitur omnis pactio liberationem parit, actionem non omnis. Rationem affert Ant. Fab. ad *l.* 1. *de pact.* hanc, ne si ex quovis nudo pacto actio daretur, litibus omnia replerentur, & tamen quia hic æquitas naturalis pugnat cum civili. Prætori visum hoc ita temperare, ut omnia quidem pacta suo modo servaret, sed non ex omnibus daret actionem. Ceterum supra monuimus usu jampridem receptum, ut ex omni pacto, modo serio, & deliberato initio actio detur. add. VVesemb. *parat. de pact. n.* 9.

(*r*) Divisio est Ulp. statuuntur in *l.* 5. *de pact.*

(*ſ*) Quæ ab eod. Ulp. statuuntur in *d. l.* 7. §. 1. *&* 2. add. *l.* 1. §. 2. *de rer. perm.* Hinc sumpta contractuum divisio in nominatos, & innominatos.

† Tale nomen non habet permutatio, quæ nihil aliud est, quam contractus do, ut des. *l.* 5. §. 1. *de præsc. verb.* ut recte Vand. 1. *quæst.* 25.

(*t*) Quid si contractibus stricti juris? & regula quidem in *d. l.* 7. §. 5. *de bon. fid.* judiciis concepta est; sed Paul. tamen diserte affirmat, pacta in incontinenti adjecta etiam inesse stipulationi. *l.* 40. *de rebus credit.* Usus hujus quæstionis, alioqui subtilis, hodie, quod sciam, nullus est.

(*u*) Nam & inesse dicuntur his contractibus, *d. l.* 7. §. 5. & contineri. *l.* 72. *de cont. empt.* Nec proprie ex his actio datur, sed ex contractu, cui adjiciuntur. *l.* 79. *de cont. empt. l.* 6. *dict.* §. 1. *de act. empt. l.* 11. *Cod. de pact.* Vid. Don. ad *l.* 13. *Cod. de pact. num.* 9. *&* 11.

(*x*) Verba fere sunt Ulp. in *l.* 6. *ff. de pact.*

(*y*) Confer §. 3. *Instit. de locat. l.* 35. *Cod. de donation. l.* 17. §. 1. *l.* 27. §. 2. *ff. de pact.* Duar. ad *dict. leg.* 6.

Dimissis igitur notis, ex quibus obligationes deprehenduntur, veras causas investigemus, propter quas quæque conventio obligationem parit; ut, his inventis effecta melius intelligantur.

Obligationis ex contractu (de ea enim nunc quæritur) quatuor in universum (z) reperiuntur causæ; aut enim re contrahi dicuntur, aut verbis, aut literis, aut consensu. Sed ne curiosis hominibus, quibus religio est, rem in plura, quam duo dividere, de industria frangere rem velle videamur, quæ commode dividi possit, age videamus, quomodo causæ superiores pro opposito possint δίχα τέμνεσθαι. Id vero non erit difficile, si consideremus non omnes species in divisione proposita exæquari, sed duas tantum inter se ex adverso opponi, eas, quæ consensu solo, contrahuntur, & quæ consensu non solo, videlicet cum aut res, aut verba, aut litteræ ad consensum accesserint. Quoniam igitur prima quæstio est natura, an ex consensu solo nascatur obligatio, recte fecerimus, si naturæ ductum sequentes, ab hac obligatione faciamus initium †.

CAPUT VI.

De obligationibus, quæ consensu contrahuntur.

JUre gentium solo consensu obligationem pariunt conventiones (*a*) quatuor; emptio venditio, locatio conductio, mandatum, societas. Jure civili, contractus (*b*) emphyteuticus, item pacta (*c*) legitima, pactum donationis, constitutum, sive pecuniæ constitutæ conventio; quæ huc omnino pertinent, licet in superioribus verbo contractus, in his pacti, aut conventionis utamur. Dicitur autem solo consensu contrahi obligatio, cum ad eam constituendam præter conventionem, & voluntatem talem, qualem supra definivimus, nihil desideratur. Declaratur hæc voluntas aut certis indiciis ad consensum cujusque significandum idoneis, aut ex facto aliquo colligitur. Indicia hæc sunt (*d*) tria: verba, litteræ, nutus. Facta (*e*) intelligimus ea omnia, quibus intervenientibus præcedens conventio non potest videri non placere (*f*). Exemplum hoc esto: vendit aliquis prædium meum me præsente, nec tamen aperte consentiente, & pretium ex ea causa accepero, videbor ipse vendidisse. Ideo autem istis modis obligatio dicitur consensu contrahi, quia neque verbis, neque scriptura, neque præsentia omnimodo est opus; ac nec dari quidquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio; sed sufficit eos, qui negotia gerunt consentire.

CAPUT VII.

Quæ res ad conventionem accedentes obligationem pariant.

QUæ conventio per se sola est ad obligandum inutilis, ea aut rei, aut verborum, aut literarum interventu (g) firmatur. Unde quæ obligationes non contrahuntur consensu, eæ aut re contrahi dicuntur, aut verbis, aut litteris; non quod consensus in his non desideretur, sed quod præter consensum etiam earum (*h*) rerum accessio ad constituendam obligationem requiratur. Semper enim (*i*) illud Pædii manere debet, nullam esse ex contractu obligationem sine consensu.

Re contrahitur obligatio, cum res ad conventionem accedens initium (*k*) obligationi præ-

---

(z) §. *ult. Inst. hoc tit. de oblig.* Quæ eadem & Caji divisio, & Pædii fuit; ut cognoscere licet ex *l.* 1. *&* 1. *ff. eod. l.* 1. §. 3. *de pact.*

† Aliter atque a Cajo, & Justiniano factum est *dd. loc.*

(*a*) *l.* 2. *ff. de obl. & act. tit. Inst. de obl. ex cons.* neque plures in his locis numerantur.

(*b*) In quo tamen contractu scriptura ad probationem rei gestæ, tamquam adjunctum necessarium ex constitutione Zenonis desideratur. *l.* 1. C. *de jur. emph.*

(*c*) De quibus vide quæ tradimus infra *cap.* 22.

(*d*) Convenire posse vel verbis, vel per epistolam aperte scriptum est in *l.* 2. *ff. de pact.* De nutu nihil expressim, sed tamen nutu etiam contrahi posse argumento sunt fideicommissa, quæ quamvis non nisi voluntate. *l. pen. de leg.* 1. nutu tamen relinqui possunt. *l.* 21. *de leg.* 3.

(*e*) Re, idest, facto aliquo obligationem contrahi posse traditur in *d. l.* 2. *de pact. l.* 4. *ff. pro socio.* Exemplum, quo hoc illustramus, est in *l.* 12. *de evict.*

(*f*) *d. l.* 2. *ff. de obl. & act. d. tit. Inst. de obl. ex cons.* his adde *l.* 1. *de cont. empt. in fin. l.* 1. *ff. loc. l.* 1. *mand. l.* 4. *pro soc. l.* 12. *in fin. de pec. const.* §. *alæ Inst. de donat.*

(*g*) Veteres duo tantum firmamenta conventionum agnoscunt, rem, & verba, quippe nondum satis cognita litterarum obligatione, quæ postea certe recepta est, & duobus superioribus a Justiniano recte adjecta: §. *ult. Inst. oblig.* Jure singulari & quartum addi poterat, jusjurandum a liberto præstitum de operis, munere, dono patrono præstandis. *l.* 7. *l.* 37. *de oper. lib.*

(*h*) DD. vestimenta pactorum vocant satis insulse, ut ostendit Coras. 1. *misc.* 1. atque insuper quatuor alia adjiciunt, consensum, cohærentiam contractus, rei interventum, rei promissæ inchoationem. At pactum ipsum consensus est. *l.* 1. §. 2. *de pact.* cohærentia autem contractus ab ipso contractu non est distinguenda. *l.* 7. §. 5. *eod.* Rei interventus est illud ipsum, quod in divisione nostra est primum; postremum petitum ex *l.* 1. §. 2. *de poll.* ad privatas conventiones non pertinet. *l.* 28. C. *de pact.*

(*i*) Est in *d. l.* 1. §. 3. *de pact.* Vid. *cap.* 4. [illegible]

(*k*) Hac nota Paulus permutationem distinxit ab iis contractibus, qui nudo consensu perficiuntur. *l.* 1. §. 2. *de rer. perm.* Unde liquet, etiam contractus innominatos, & si qui sunt alii, ex quibus non aliter nascitur obligatio, quam ex dato, aut facto præcedente, ad hoc genus pertinere, quamvis non ignorem, veteres tunc obligationem re contrahi proprie, & in specie intellexisse, cum res tradita vel in genere, vel in specie restituenda est. *tot. tit. Inst. quib. mod. re cont. l.* 1. §. 1. *& deinceps de obl.* quo etiam pertinet *l.* 17. *in pr. de pact.*

præbet, aut si mavis explicatius; re contrahitur obligatio, cum dedi tibi, aut feci aliquid voluntate tua, ea conventione interposita; ut vicissim mihi quid dares, aut faceres, cum non aliter constitueretur obligatio, quam si hoc factum meum, aut traditio intervenisset. Rem enim hic generaliter accipimus, ut & (*l*) facta comprehendantur. Apparet igitur hoc contractus genus duabus partibus constare, & perfici, re data aut facta, & conventione.

Conventio hæc, alioqui minus certa, & explorata, ubi & ipsum factum interdum, ex speciebus simul cum ipso contractu dignoscetur. Sunt igitur horum contractuum duo genera; quorum in uno id agitur, ut pro eo, quod datum est, reddatur idem vel in specie, vel in genere; in altero, ut pro eo, quod datum, aut factum est, præstetur aliud; in quibus agitur, ut idem reddatur factum, quod obligationi causam præbet, sive traditio semper aperta est; conventio autem de reddendo, aut titulo, & nomine contractus est inclusa, aut sententia, & sola mente contrahentium citra ullam nominis significationem comprehensa. Nomine contractus inclusa deprehenditur in hisce sex: mutuo, commodato, deposito, pignore, dote, donatione propter nuptias, quippe nomina his contractibus indita satis declarant, rem hic non simpliciter dari, tradive, sed ad certum modum, & (*m*) finem, quo cessante redeat ad eum, qui dedit, tradiditve. Sed etsi conventio neque in aliud nomen transeat, neque verbis exprimatur, tamen ex sententia contrahentium aliquando per ratiocinationem colligitur. Id accidit in duobus generibus; unum est datum ob causam, cujus dati nulla causa subest; alterum est precarium. Quæ omnia, qualia sint, & quam late pateant, suo ordine explicabitur.

In altero horum contractuum genere, in quibus id agitur, ut aliud pro alio præstetur, utrumque fere manifestum est, & factum, sive res quæ traditur, & de re alia præstanda conventio. Ejus generis quadripartita (*n*) distinctio est; do, ut des; do, ut facias; facio, ut des; facio, ut facias. Non verebimur autem huic generi subjicere quinque hasce (*o*) species: promissionem dotis, salarii pollicitationem, judicium, jusjurandum, operam eorum, quibus honoraria extra ordinem proposita sunt; nam cum ex his omnibus obligatio ex consensu duorum ita nascitur, si factum unius præcesserit; non video, quo ista commode referri possint, nisi hic locum sibi, & sedem inveniant. Hoc solum in contrahendo interest, quod priores duæ species factum incertum, posteriores reliquæ conventionem obscuram habeant. Promissio dotis, etiam nulla stipulatione subsequuta, (*p*) obligationem, & exactionem dotis parit, verum non prius, quam factum mariti intervenerit, idest, quam matrimonium contraxerit, cujus facti conditio, atque conventio verbo (*q*) dotis inest. Ex quo apparet hanc speciem pertinere ad contractum (*r*) facio, ut des; tametsi fortassis ex hac specie non sit actio (*s*) præscriptis verbis, sed vel actio dotis cautæ, vel conditio ex lege, aut quod nunc magis probandum, actio ex stipulatu, quam, sublata veteri rei uxoriæ actione, etiam tunc competere (*t*) Justinianus voluit, cum nulla stipulatio interposita est, sive uxor dotem datam repetat, sive maritus sibi promissam petat.

Eadem ratio est promissi salarii. Si dominus procuratori suo, qui negotia ejus gratis gerenda susceperat, promittat certum salarium, negotio nondum impleto, teneri videtur ex nudo pacto, & pollicitatione. Sed non est dicenda nuda promissio, quæ factum procuratoris adjunctum habeat, priusquam ex ea agi possit; id enim ut fiat, & salarii, & procuratoris verbo (*u*) continetur. Sed neque ex hac obligatione datur actio præscriptis verbis, sed est extraordinaria de ea re persequutio (*x*).

Reliquæ species tres obscuram habent in facto manifesto conventionem. De obligatione judicii certa extat sententia; judicio, idest, judi-

(*l*) Est enim rei verbum significatione generale. *l. 1. in fin. de reb. cred.* quamvis ex instituto loquentis plerumque res a factis distinguantur, ut in §. *ult. Inst. de verb. obl*

(*m*) Ut mutuum fruendi gratia, commodatum utendi, depositum custodiendi, pignus, ut creditori cautum sit, dos ad onera matrimonii sustinenda, donatio propter nuptias, ut consistat, quamdiu matrimonium stabit.

(*n*) *l. 5. de præf. verb.* Ex eodem loco etiam exempla, ut & ex reliquo eo tit. sumi possunt.

(*o*) Ex *l. 7. ff. mand. l. 6. C. de dot. promiss. l. 3. idem scribit. leg. 11. de pec. l. 5. §. 2. eod. leg. 1. de extr.*

(*p*) Quamvis maxime extraneus dotem promiserit. *d. l. 6. C. de dot. prom.*

(*q*) Dos enim sine matrimonio esse non potest. *l. 3. de Jur. dot.* ideoque etsi simpliciter promissa sit, intelligitur tamen promitti hac conditione, si nuptiæ sequantur. *l. 21. eod.*

(*r*) Nam si dos promittitur ob eam causam; si matrimonium sequatur, licebit utique marito, contracto jam matrimonio, dicere, feci, ut dares.

(*s*) Ideo forte, quia mariti principalis finis non est, ut dotem accipiat, sed ut consortem vitæ sibi habeat; quamquam negari non potest, etiam hunc finem marito secundario propositum esse, ut commodo dotis ad sustinenda onera matrimonii fruatur.

(*t*) Extat hæc Justin. constitutio in *l. un. §. 1. C. de rei ux. act.*

(*u*) Nam salarium est merces operæ præstitæ a procuratore, qui negotia aliena mandato domini administrat. *l. 2. de procur.*

(*x*) *l. 1. Cod. mand. l. 7. ff. eodem*, ideo fit, quia mandatum gratis ab initio suscipitur. *l. 1. in fin. ff. eodem*, per consequentiam autem etiam alter ille finis accedit.

Judicium accipiendo, & litis contestatione (*y*) contrahi sicut stipulatione. Factum judicio (*z*) experientis manifestum. At ubi conventio, ut possit dici obligationem esse ex contractu? nempe ex circumstantiis, & ipse litigatoribus proposito non obscure intelligitur. Nam & actor, & reus hoc animo causam cognitioni Judicis subjiciunt, ut de ea sententiam ferat, cui se obtemperaturos esse tantum non diserte promittunt. Hinc reo, si absolvatur, exceptio; si condemnetur, actori actio, nata ex obligatione judicii accepti, quæ & actio judicati dicitur, non quod nascatur ex judicato tamquam causa, sed quia est de eo, quod judicatum est (*a*).

Eodem pertinet obligatio jurisjurandi; nam si actor postulatu adversarii juraverit sibi quid dari, aut fieri oportere, justissime Prætor (*b*) accommodat ei actionem in factum adversus eum, qui jusjurandum detulit. Hæc actio cum sit in personam, etiam ex (*c*) obligatione esse nulla dubitatio est. Unde autem obligatio? ex conventione, eaque non nuda, haud dubie ex contractu. At enim conventio expressa non est? at sufficit ex eo, quod agitur, intelligi. Quorsum autem jurisjurandi delatio? nisi ut jurijurando stetur, & præstetur id, quod petitur. Quorsum susceptio? nisi ut fiat, quod petitur, si juratum erit? Manifesta satis conventio negotii transigendi causa, quæ ad articulum facio, ut des; aut ad illum, facio, ut facias, pertineat (*e*).

Postremo ad idem genus referenda est petitio honorarii possessoribus liberalium artium, Medicis, Advocatis, Obstetricibus, & similibus personis, pro opera ab ipsis præstita, extra (*f*) ordinem tributa. Opera harum personarum manifesta est, conventio minus aperta. Si quis tamen hinc institutum operas illas tractantium, illinc vota utentium consideraverit, facile intelliget, subesse mutuam cogitationem de mercede danda, & accipienda, nisi quis eam operam gratis dari, aut suscipi existimet, quod qui eas artes profitentur honestatis, & verecundiæ causa mercedem ab initio non paciscantur. Quod non indiget (*g*) refutatione. Quod si quis quærat, cur, cum prædictas obligationum species referamus ad contractum facio, ut des, aut facias, tamen ex nulla earum detur actio civilis præscriptis verbis? dici potest id fieri in (*h*) posterioribus quidem, quia in his nulla est aperta conventio; in (*i*) prioribus autem duabus, tum quia facta verbis teguntur, tum quia hæc ipsa non principaliter, sed secundaria quadam ratione spectantur. Non enim maritus ob dotem principaliter uxorem ducit, sed ut sociam, & consortem vitæ sibi adjungit; nec procurator mandatum principaliter exequitur, ut salarium accipiat, sed ut mandatum, quod ab initio gratis suscepit, impleat; quamquam & isti fines per consequentiam accedunt.

Supersunt adhuc causæ duæ, quibus accedentibus, obligatio ex conventione oritur: verba, & litteræ. Verbis obligatio contrahitur, cum ad conventionem verba accesserunt. Verba accipimus non quævis, sed (*k*) concepta, quæ ab animo præmeditato proficiscentia consensum constituendæ obligationis certum præseferant. Hæc verborum conceptio, quæ ex interrogatione, & responsione constat, sive totus hic contractus, unde verborum nascitur obligatio, uno verbo (*l*) stipulatio dicitur.

Litterarum obligatio est; cum ad conventionem confirmandam, litteræ accedunt. Litteras accipimus omnem cautionem scripto comprehensam, mutuo consensu creditori traditam, qua quis profitetur, se mutuam pecuniam ab eo accepisse. Hinc (*m*) obligatio, quæ ex contractu, & tamquam litteris data, dicitur litterarum; eaque post biennium effi-

caci-

(*y*) *l.* 3. §. *idem scribit*, 11. *de pecul.* Accursius quidem eo loco scribit, obligationem hanc nasci ex quasi contractu, sed hoc repugnat verbis Ulpiani, qui ait judicio contrahi, & diserte addit, sicut stipulatione. Atqui judicium in invitum redditur. *l.* 83. §. 1. *de V. O.* Si spectamus initium rei gerendæ, non consentit qui cogitur; sin id, quod fit, cum judicium accipitur, contra; tametsi coactus id facit. *arg. l.* 22. §. *pen. de eo, quod met. ca.*

(*z*) Petentis nimirum sibi quid præstari, ad quod præstandum reus etiam obligatur, si convictus, & condemnatus fuerit. *l.* 9. *C. de obl. & act.*

(*a*) *l.* 6. §. *ult. de re jud.* Similiter, ut stipulatio judicatum solvi. *Inst. de satisd. in pr.*

(*b*) §. *item si.* 11. *Inst. de act. l.* 3. *C. de reb. cred.*

(*c*) Siquidem ea est natura omnium actionum in personam. §. 1. *Instit. de act. l.* 25. *ff. de obl. & act.*

(*d*) *l.* 25. & *l. seq. in fin. de jure jur.* & negotium inter litigatores potest jurejurando transigi. *l.* 31. *eod.* Transactio autem omnis ex consensu. *l.* 20. *Cod. de trans.*

(*e*) Quia vero conventio his aperta non est, non potuit dari ex jurejurando actio præscriptis verbis, seu in factum prætoria. *l.* 8. *C. de reb. credit.*

(*f*) Fuse Ulpian. in *l.* 1. *in pr. & deinceps de extr. cogn.* Extraordinariæ cognitiones dicebantur, quas ipsi Prætores, Præsidesve præter usitatam officii sui consuetudinem suscipere cogebantur. *d. l.* 1. *& pass. eod.* In ceteris enim actionibus ita erat jurisdictio, ut Magistratui liceret alium Judicem dare. *l.* 3. *de jurisd.*

(*g*) Quippe experientia ipsa satis docet, eos, qui hujusmodi artes exercent, hoc animo operam suam præstare, ut dignam mercedem consequantur, unde se honeste exhibere queant, & vicissim eos, qui hanc operam expetunt, ea conditione sibi præstari velle, ut dent.

(*h*) Nempe judicio, jurejurando, & præstationibus illis extraordinariis, ut in singulis jam ostensum est.

(*i*) Promissione scilicet dotis, & salarii pollicitatione, quod & ipsum in utraque specie paulo ante demonstratum est.

(*k*) *l.* 5. §. 2. *de V. O.* Alioqui & verbis paciscimur, unde tamen non nascitur obligatio jure civili. *l.* 7. §. 4. *de pact.*

(*l*) De qua est *tit. ff. & Inst. de V. O.* De vocis hujus etymologia vide quæ tradunt Interpretes ad *pr. d. tit. Instit.*

(*m*) Proprium huic obligationi titulum assignavit Justin. in *Inst.* Vid. *c.* 43. *inf.*

caciter obligat eum, qui cautionem exposuit, neque tum exceptio pecuniæ non numeratæ admittitur. Quod tamen suas habet conditiones, de quibus simul cum ceteris dicetur postea, ubi natura, & vis contractuum explicabitur.

C A P U T VIII.

De fine omnium conventionum.

MEminisse debemus ad obligationem constituendam quatuor has causas initio a nobis positas esse: consensum, finem conventionis, res promissas, personas contrahentium. De consensu hactenus nobis dictum est, quæ conventiones solo consensu, obligationem pariant, quæ non pariunt solo consensu, quibus rebus accedentibus id efficiant. Nihil adhuc agit conventio, quantumvis jure comprobata, nisi superiora illa tria accesserint. Primum est finis. Hic unus est omnium (*n*) conventionum communis, ut quid detur, aut fiat. In eo personæ duæ, una stipulantis, aut acquirentis, promittentis, aut dantis, sive facientis altera; ac in utraque leges quædam spectandæ. De stipulante ita statuendum: quæcumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona initium obligationis sumant, inanem actum nostrum efficere; & ideo neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, quemquam posse. In summa, unumquemque sibi stipulando, & paciscendo obligationem acquirere posse, alteri stipulando (*o*) nihil agere. Verum hic cautiones quædam adhibendæ, partim in persona stipulantis, partim in eo, in quem stipulatio confertur. De stipulatore sic habeatur: inutilem esse stipulationem si quis alteri stipuletur, cum ejus nihil intersit alteri dari; ceterum si intersit, hactenus (*p*) valere stipulationem. Eorum, quorum interest, duo sunt genera. In priore est dominus, & pater, qui filium habet in potestate. Quod dominus servo suo stipulatur, certum est eo nomine domino obligationem (*q*) acquiri. In eadem causa est pater, qui stipulatur filio, si modo tale sit, quod ad patrem (*r*) pervenire possit. In altero genere sunt extranei. Extranei extraneo stipulantis tunc interesse intelligitur, cum stipulatio ad utilitatem, & cautionem ejus pertinet (*s*).

Ei, cui stipulamur, non semper pactio nostra est inutilis. Ut sit utilis, duplici via consequimur, directa, & obliqua: directa, si ii, in quos stipulatio, & pactio conferuntur, jure pro eadem persona cum stipulatore habeantur. Earum personarum tria genera. Primum est eorum, quorum in potestate sumus. De his ita jus est: quod servus domino, filiusfamil. patri stipulatur, ejus obligatio, & actio omnis domino, & patri sine distinctione rerum (*t*) acquiritur, perinde ac si dominus, & pater ipsi sibi stipulati essent. Secundum genus est hæredum. Hæredibus (*u*) nostris paciscendo, & stipulando quidvis acquirimus; & si quidem mihi, hæredique meo una & eadem stipulatione cavero, nulla dubitatio est, quin hæredi quoque recte prospexerim. At quid si omissa persona mea solis stipulatus sim hæredibus? Apud veteres dubitari (*x*) potuit; sed hodie sine controversia valebit stipulatio, ut actio, & obligatio ab hærede incipiat. Quid si quis, cum plures hæredes haberet, uni duntaxat, puta Titio, stipulatus sit? Et interest omissa persona stipulantis, hoc modo: Titio hæredi meo; an ea adjuncta, stipulatio concepta sit sic: mihi, hæredique meo Titio. Priore casu soli Titio in solidum acquirit; posteriore, quia sibi prius stipulatus est, omnibus ex æquo proderit; utique si stipulatio (*y*) in dan-

(*n*) Atque adeo omnium obligationum. *l.* 3. *de obl. & act.* in primis tamen contractuum, quibus id agitur, ut acquiratur quod nostra interest. *l.* 38. §. *literis* 17. *de V. O.*

(*o*) *l.* 14. *de obl. & act. l.* 11. §. 6. *de pign. act. d. l.* 38. §. 17. *de V. O.* §. 4. & 18. *Inst. de inut. st. p.* Et ratio quidem in stipulante manifesta est, quia nullam oblationem sibi quæsitam voluit. At cur alteri saltem non acquiritur? puto hoc ideo fieri, ne temere, & inaniter civium fortunæ mutarentur: in possessione autem, quæ naturali apprehensione, & occupatione acquiritur, quid refert ad eam acquirendam meo corpore utar, an alieno? *l.* 53. *de acquir. rer. dom. l.* 3. §. 12. *de acq. poss.*

(*p*) Ad hoc enim hujusmodi obligationes, & stipulationes inventæ sunt; ut dictum est *d. l.* 38. §. 17. *dict.* §. 18. *Inst.*

(*q*) §. 3. *Inst. per quas pers. l.* 39. *ff. de verb. obl.*

(*r*) Nam si factum conferatur in personam filii, inutilis erit stipulatio, veluti ut iter agere ei liceat. *l.* 130. *ff. eod.* Quod & in persona domini servo suo stipulantis eadem ratione admittendum. *arg.* §. 2. *Inst. de stip.* idemque dicendum, si quid pater stipuletur filio ex causa peculii, quod patri non acquiritur. *d. l.* 39.

(*s*) Exempla suppeditat *d. l.* 38. §. 20. & *deinceps dict.* §. 18. *Inst. eod.* quorum omnium una hæc ratio est, quam dixi.

(*t*) *d. l.* 38. §. 17. *l.* 45. *l.* 130. *de verb. obl. d.* §. 4. & §. 18. *Inst. de inut. stip.* Huc etiam pertinent quæ a nobis bona fide possidentur, item servi fructuarii, si ex duabus illis causis, ex quibus nobis acquirere possunt, stipulentur. §. 4. *Inst. per qu. pers.*

(*u*) *d. l.* 38. §. 12. & 14. *l. avus,* 33. *ff. de pact.* Unam autem videri personam defuncti, & hæredis traditur in *Nov.* 48. *in pr.*

(*x*) Propter regulam, qua cavebatur, ne actiones ab hæredibus, aut contra hæredes inciperent; quod tamen non in aliis causis, quam post mortem conceptis obtinuisse arguit. *l. un.* C. *ut act. ab hæred. & cont. hær. inc. item* §. 13. *Inst. de inut. st. p.* Diss. Giph. ad *l.* 11. *de obl. & act. n.* 11. ut sit, nulla potest esse post *d.* regulam sublatam dubitatio. *d. l. un.*

(*y*) Distinctio petita ex *d. l.* 33. *de pact.* junct. *l.* 137. §. *ult. de ver. obl.* cui non obstat *l.* 14. C. *de cont. stip.* qua cavetur quidem, ut etiam stipulatio, quæ in faciendo est, ad hæredes transeat; sed duobus duntaxat casibus, si quis aut sibi simpliciter, aut sibi, & omnibus hæredibus stipuletur; accurate Don. ad *d. l.* 38. §. 14.

dando, non in faciendo consistat. Postremi generis sunt tutor, curator, actor Civitatis, sive syndicus. De his ita proditum: Si tutor pupillo, curator adolescenti, actor Civitati dari, aut fieri quid paciscatur, & pupillo, & adolescenti, & Civitati actionem (z) utilem acquiri. In eadem causa est (a) procurator militis, item Magistratus in cautione pro pupillo a tutoribus, aut adrogatore exigenda (b).

Extra has personas nemo alteri stipulando, aut paciscendo obligationem, aut actionem ullam acquirere potest; at quod directo fieri nequit, id oblique aliquando consequimur. Obliqua via duplex, una in mutuo; altera in ceteris causis omnibus. De mutuo ita (c) traditum est: si nummos meos tuo nomine mutuos dedero velut tuos, absente te, & ignorante, acquiri tibi conditionem, nempe per consequentiam possessionis nummorum in te translatæ. Altera via hæc, si quis stipulando, paciscendove sibi prius actionem directam acquirat, deinde id agat, ut quæsita sibi actio in alium transferatur, quo pacto illi alteri utilis interdum actio acquiritur. Receptum hoc tum in stipulatione, & cautione procuratoris, tum in pactione extranei, utrumque certis quibusdam in causis. In procuratoris pactione causæ tres, ex quibus utilis actio domino datur; prima, si ex re domini (d) paciscatur; secunda, si domino (e) præsente; tertia, si utilitas id exigat: nec aliter domino res (f) salva esse possit. In extraneo hæc una causa est, si quis cum ex sua pactione actionem sibi prius † quæsivisset, aperte paciscatur, ut id, quod sibi præstitum voluit, alteri præstetur: dum tamen contractus is sit, ut det rem a se profectam hac lege, ut ea alteri restituatur (g).

Atque hæc quidem ita sunt, si id agatur pactione, ut alteri acquiratur; quod si alio spectabit conventio in alterum collata, ad duas res potest esse utilis, ad solutionem, & actionis retentionem. Solutio etiam in extraneam personam conferri potest, ut obligatio quidem stipulatori acquiratur, solvi tamen extraneo, etiam invito eo, recte possit, ut liberatio ipso jure (h) contingat. Ad retentionem alteri utilis est pactio, si id agatur, ut actionem, quam prius habuit, & quam eamdem sine conventione nostra amittere potuisset, ei integram (i) conservemus. Ceterum quamvis nemo alteri, extra personas, & causas exceptas, utiliter stipuletur, remedium tamen stipulanti in pœna paratum est, qua adjecta, actio quidem alteri non acquiritur, sed nisi ita factum erit, ut est comprehensum, committitur stipulatio etiam ei, cujus nihil (k) interest.

Hæc de prima lege. Secunda lex promissorem attringens hoc est: Si quis alium daturum, facturumve promiserit, non obligatur; de se enim quemque non de alio promittere (l) oportere. Exceptæ hic cautiones duæ: rem ratam dominum (m) habiturum, item cum quis constituit certam personam pro se (n) fide jussuram.

(z) *l.* 5. §. *si actori*. *ff.* *de const. pec.* Hoc ideo, quia cum isti pro dominis habeantur, sibi quodammodo cavere intelliguntur, sicuti de tutore traditum est in *l.* 7. §. 3. *ff.* *pro empt.*

(a) Idque exemplo tutoris, & curatoris, ut diserte ait Ulp. in *l.* 26. *de reb. cred.*

(b) *l.* 1. §. 11. & 25. *ff.* *de mag. conv.* *l.* 18. *de adopt.* add. *l.* 2. 3. & 4. *rem. pup. salv. for.*

(c) *l.* 6. §. 8. *de reb. cred.* add. *l.* 18. *de acq. poss.* *l.* 20. §. *ult.* *de acq. rer. dom.*

(d) *l.* *quod procurator*, 68. *de procurat.* Ut si fundo domini vendito, pretium sibi dari stipuletur. Huc etiam pertinent exempla in *l.* 27. §. *ult.* & *l.* *seq.* *eod.*

(e) Quamvis non ex re ejus. *l.* 79. *de verb. obl.*

(f) Quod primum receptum in contractu institoris. *l.* 1. *in fin.* & *l.* 2. *de inst. act.* idem eadem conditione translatum ad contractus procurationis. *l.* 23. §. *si procurator*, 25. *de act. empt.* *l.* 5. *de prætor. stip.* *l.* 18. §. *ult.* *de damn. inf.*

† Sic fit, ut jam non alii acquirant actionem, sed eam, quam habeo, in alium transferam; quod jure communi receptum ex omni causa, ex qua res transferri solent. *l.* 7. & 8. C. *de hered. vel act. vend.* *l.* 18. C. *de leg.* *l.* *ult.* C. *si fil. vel priv.* Fusius Don. *d. loc.*

(g) Ut puta rem, quam apud se quis habebat, commodavit alicui, aut apud eum deposuit ea lege, ut is eam domino restitueret. *l.* *pen.* C. *ad exhib.* aut rem suam donavit ea conventione interposita, ut donatarius eam restitueret alii. *l.* 3. C. *de don. quæ sub mod.* similia exempla sunt in *l.* 13. *in fin. pr. de pign. act.* *l.* 7. C. *de pact. conv.* *l.* 45. *ff.* *sol. matr.*

(h) §. 4. *Inst. de inut. stip.* *l.* 12. §. *pen.* *de sol.* Confertur autem solutio in extraneam personam, cum disjunctim mihi, aut Titio decem dari stipulor. At si conjunctim mihi, & Titio, tunc summa pro numero personarum dividitur. *l.* 56. *de condit.* & *dem.* *l.* 11. §. 1. *de duobus reis*, ita ut stipulatio in mea persona valeat in quinque, in altera quinque sit inutilis, tum ad obligationem, quia eam alteri acquirere non potui, tum ad solutionem, quia non id agitur, ut & mihi debita illi præstentur, sed ut nova quinque illi dentur. *d.* §. 4. *l.* 55. & *seq.* *de verb. obl.*

(i) Ex. ca. in venditione pignoris convenit inter creditorem, & emptorem, ut si solverit debitor pecuniam pretii, liceret ei recipere rem suam. *l.* 13. *de pign. act.*

(k) Scilicet dari, aut fieri alteri. *dict.* *l.* 38. §. *alteri*. *d.* §. 18. *Inst. de inut. stip.* quo posito sequitur, ut, etsi triplo, aut quadruplo plus comprehensum sit stipulatione pœnæ, quam efficit id, quod alteri dari debuit, nihilominus valeat stipulatio, contra quam vulgo existimant. Vid. *c.* 4. & 45. *inf.* Illud obiter notandum, pœnam rei impossibilis, aut turpis non committi. *l.* 61. & 69. *de verb. obl.*

(l) *l.* 83. *in pr.* *ff.* *de verb. obl.* §. *si quis alium*, 3. *Inst. de inutil. stipul.* Non quod conditio rei promissæ obstet, quæ ratio a plerisque reddita est, sed quia facto suo alium obligare promissor non potuit. *l.* 3. *in fin.* *Cod. ne uxor. pro marit.* seu noluit: certe verbis non ita cavit.

(m) *l.* 13. & 18. *ff.* *rem. rat. hab.* Haud dubie ideo, quia cum hæc stipulatio prætoria sit, interpretationem accipit de mente Prætoris, qui utique eam valere voluit, *l.* 52. *de verb. obl.*

(n) *l.* 14. §. 2. *de const. pec.* Dici quoque potest, & fortasse probabilius, nihil hic esse singulare, nempe debitorem non alienum factum, sed suum promittere, videlicet daturum se certam personam, quæ fidejubeat.

ram. Plane si quis effecturum se, ut alius det, spoponderit, (o) obligatur; sed & hic pœnæ auxilio uti licebit †.

CAPUT IX.

Quæ res, quomodo in obligationem utiliter deducatur.

TErtia causa est, id, quod in conventionem deducitur, sine quo nulla conventio, nulla obligatio esse potest. Id duplex: res, facta. Hinc binæ species obligationum subjectis suis distinctæ; una dandi, altera faciendi (p). Leges duæ hic observandæ: una, ut dari, fierive possit, quod promittitur; altera, ut intelligatur, quid sit, & quam utilitatem adferat creditori. De his igitur pro varia rerum, & factorum conditione separatim.

Res omnes, quæ dari, aut haberi per naturam, aut leges possunt, in obligationem recte deducuntur; quæ dari non possunt, earum nulla (q) obligatio est. Earum autem, quæ dari non possunt, tria sunt genera: quæ non sunt in rerum natura, quæ commercio sunt exemptæ, quæ jam nostræ sunt. In rerum natura, quod non est, nec (r) esse potest, id nec dari posse liquido satis constat; ut si promittatur homo, aut bos, qui mortuus (s) sit; verum hoc eo maxime spectat, ut intelligamus nec æstimationem ejus rei deberi, nec pœnam eo nomine (t) commissam peti posse. Rerum commercio exemptarum quatuor sunt (u) species: Prima earum, quæ in totum commercio exemptæ sunt; ut liber homo †; item res omnes divini juris, communes, publicæ, universitatis. Exceptæ ex rebus divini juris res sacræ mobiles, quas certis, & piis de causis vendi posse, si necessitas urgeat, eodem libro ostensum est. Sed & loca (x) publica certis ex causis a Principe, aut Civitate alienari posse non est dubitandum. Omnium tamen harum rerum venditio hactenus subsistit, ut emptor †† ignorans consequatur quod sua interest. Secundæ speciei commercium quibusdam dumtaxat interdictum, ut mancipium Christianum (y) Judæo. Tertiæ speciei res sunt, quarum quævis alienatio dominis interdicta est, ut (z) fundi dotalis, servi, qui in fuga est, tignorum, quæ ædibus injuncta sunt, rei litigiosæ. Quarta species est earum rerum, quarum venditio tantum prohibita est. Hujus speciei res quatuor: (a) sal, actiones, quarum venditio non latius consistit, quam ad quantitatem pretii, & (b) usurarum, (c) purpura, sericum. Sed & hæ res si vendantur ignoranti emptori, actio ei ex empto, quatenus ejus interest †, competit. In tertio genere sunt res, quæ jam nostræ sunt; nam quod nostrum est, id amplius nostrum fieri nulla pactione (d) potest. De omnibus his rebus in universum ita statuemus: quæcumque res ex superioribus conventionem in obligationem deductæ erunt, conventione usque adeo non valere, ut nec earum (e) æstimatio debeatur, nec pœna eo nomine (f) promissa committatur, ac nec sublata quidem rerum qualitate (g) convalescat; verum hoc ita, si pure in obligationem deducantur: ceterum si primum genus rerum, quæ commercio penitus exemptæ sunt

---

(o) In id scilicet, quod interest. *d.* §. 3. *in fin. l. illa*, 67. §. 1. *l.* 72. *de verb. obl.*

† Aut quanti ea res est stipulari. *d. l.* 38. §. 2.

(p) *l.* 3. *ff. de obl. & act. l.* 2. *in princ. de verb. obl.* §. *ult. Inst. eod.*

(q) *l.* 35. *in pr. ff. eod.* eoque pertinet regula juris, *l. impossibilium*. 185. *de reg. jur.*

(r) Contra si futurum speratur, ut fructus, partus, fœtus nascituri, captus piscium, &c. *l.* 8. *de cont. empt. l* 7. *de hæred. vel act. vend. l.* 73. 75. §. 4. *de verb. oblig.*

(s) §. 1. *Inst de inut. stip. l.* 69. *ff. de V. O.*

(t) *d. l.* 69. *l. dominis*, 57. *& l. seq. ff. de cont. empt.*

(u) Atque earum omnium stipulatio, & conventio inutilis. *l.* 6. *in princ. l.* 24. *de cont. empt. l.* 83. §. 5. *de verb. oblig.* §. 2. *Inst. de inut. stipul.* Eodem numero sunt venena mala, quæ nullo modo adjectione alterius materiæ usui nobis esse possunt. *l.* 35. §. 2. *de contr. empt.*

† *d. l.* 83. §. 5. *de verb. obl. d.* §. 2. *Inst. de inut. stip.*

(x) An loca publica vendi, vel alienari possint, item per quem, & quomodo tractat Cæpoll. *de serv. rust.* C. 3. *n.* 22. *& seqq.*

†† Idest, privatas esse existimans. *l.* 4. *l.* 62. §. 1. *de cont. empt.* Cujus rei ratio est in *l.* 13. §. 2. *de act empt.* Aliud est in stipulatione. *d. l.* 83. §. 3.

(y) Aut pagano. *tit.* C. *ne Christ. manc.* Valebit tamen hujus generis stipulatio, quamvis promissor commercium non habeat, si modo habeat stipulator. *l.* 34. *de verb. obl.* Rationem suppeditabit *l.* 71. *de verb. signif.*

(z) *l.* 2. §. 13. *de fund. dot. l.* 6. *Cod. ad l. Fab. de plag. l.* 35. §. 3. *de contr. empt. l.* 41. *in pr. de leg.* 1. *l.* 2. *C. de ædif. priv. l.* 1. *&* 2. *de eunuch. tot. tit. ff. & C. de litig.*

(a) Salis venditio prohibita sine persona mancipum, idest, salinarum conductorum. *l.* 11. *C. de vect. & comm.*

(b) Exceptis cessionibus necessariis. *l. pen. & ult. Cod. mand.*

(c) *l.* 1. *&* 2. *C. quæ res ven. poss.* Quibus constitutionibus hodie non utimur. Vid. quæ de *serico* notat Gotof. ad *d. l.* 2. & Pet. Fab. 1. *sem.* 16. *de purpura, & murice* Cujac. 12. *obs.* 24.

† Quod multo magis in hac specie recipiendum, quam in iis rebus, quæ commercio prorsus exemptæ sunt.

(d) *d.* §. 14. *Inst. de act.* vid. *l.* 82. *de verb. obl. l.* 16. *de contr. empt. l.* 20. *C. loc. l.* 45. *de reg. jur.* Res autem nostras sic accipe, quarum proprietas ad nos pertinet, non ususfructus dumtaxat. *d. l.* 16. *de cont. empt.* & ita pertinet, ut avocari non possit. *l.* 4. *C. eod.*

(e) Quod satis intelligitur ex eo, quod hæ res inutiliter in conventionem deduci dicuntur. §. 2. *Instit. de inut. stipul. d. l.* 4. *& l.* 34. §. 1. *de cont. empt.* Et vero, quod in legato earum rerum obtinet. §. 4. *Inst. de leg.* id majore ratione recipiendum in contractibus. *arg. l.* 12. *de verb. sign.*

(f) *l.* 69. junct. *l.* 35. *de V. O.* Aliter atque cum alium daturum, facturumve promitto, cui stipulationi pœnalis subjecta committi potest. §. 18. *Instit. de inutil. stipular.*

(g) *l.* 83. §. 5. *de verb. obl. d.* §. *Inst. d. t.* Sicut generaliter de omnibus, quæ ab initio inutiliter fiunt, definitum est regula juris 29.

sunt (*h*), removeris, ceteras omnes sub conditione utiliter promitti non est (*i*) ambigendum. Quid autem, si res ab initio utiliter promissa postea in aliquam harum causarum sine facto promissoris inciderit? & censt. in totum evanescere stipulationem, nec mutata rei conditione (*k*) restitui.

De rebus, quæ non prohibentur alienari, contraria definitio est; has omnes sive corporales, sive incorporales, nostras, sive alienas utiliter in conventionem (*l*) deduci, ut tamen ex rebus alienis excipiantur res furtivæ, quarum emptio, & venditio inter scientes nulla; ignoranti autem, si venditæ fuerint, valebit emptio ad hoc, ut emptor consequatur quod (*m*) interfuit ejus, ne deciperetur. Tantumdem dici posse existimo de rebus vi possessis, & (*n*) prædii contra legem Juliam datis, & fortasse aliis nonnullis.

Hactenus prima lex de impossibili præstatione. Altera superest, promissum quid sit, & quam habeat utilitatem. Res, quæ promittitur, aut species est, aut (*o*) genus. Species, utpote semper certa, si de intelligentia quæratur, utiliter semper in obligationem deducitur. Genus duplex: unum, cui subjectæ species omnes certam utilitatem afferunt; ut homo, bos, equus, & ideo utiliter semper in pactionem, & stipulationem (*p*) deducitur. Alterum genus est, quod species habet ejusmodi, ut si minimum ex eo genere præstetur, inutilis futura sit, & ridicula præstatio. Exemplo sint res, quæ pondere, numero, mensura constant. De hoc genere rerum ita placuit, ut si simpliciter promittantur, nullo neque pondere, neque numero neque mensura, aut alio quoquam, ex quo certitudo rei deprehendi possit, adjecto (*q*), inutilem esse stipulationem.

Nunc de factis easdem leges ponderemus, & primo, quæ facta sint impossibilia. Facta impossibilia fiunt aut natura aut jure. Natura, quibus natura impedimento est, ut si quis Parisiis constitutus centum se hodie Romæ daturum promittat. Hæc stipulatio (*r*) inutilis est, cum impossibilis sit repromissio. Jure impossibilia sunt, quæ (*f*) fiunt aut contra leges, sive in fraudem legum, aut contra bonos mores, quæ & turpia dicuntur, ut quibus aut delictum præteritum remuneratur, aut præsens confirmatur, aut invitatur (*t*) futurum. De iis, quæ contra leges fiunt, id custoditur, ut ipso jure conventio (*u*) non valeat; nisi aliam esse mentem legis evidenter appareat; puta si patiatur, obligationem ipso jure valere, contenta dare exceptionem, quod in duabus causis receptum esse animadvertimus, in pecunia filiofam. credita, & in intercessionibus (*x*) mulierum. Turpes vero conventiones, quæ sunt & (*y*) ipsa conventione, & per se, ea omnes ipso jure inutiles, & nullius momenti habentur. Huc nunc altera lex accedat, quale sit, & quam utile, quod in obligationem deductum est; nam si hoc ex incertitudine promissi intelligi non possit, non magis utilis erit hæc stipulatio, quam illa superior. Incertitudinem duæ res faciunt: dies faciendi omissus, quod evenire potest in stipulatione judicii sistendi causa; item locus, ubi fieri debeat, ut si quis insulam fieri stipuletur, nec locum adjiciat. Neutra harum stipulationum (*z*) utilis creditori.

CA-

(*h*) Quippe fas non esse visum est, eam expectare mutationem, quæ aut Civitati interitum afferre, aut civilibertatem adimere solet. *d. l.* 83. §. 5. *d. l.* 34. §. 2. *de cont. emot.*

(*i*) Exemplo sit res nostra si tempore existentis conditionis amplius nostra non sit. *l.* 31. *l.* 98. *de Verb. Oblig. L.* 61. *de cont. empt.*

(*k*) *dict.* §. 2. *d. l.* 83. §. 5. Quod etiam præcedentis sententiæ argumentum est.

(*l*) *L.* 35. *de verb. obl. l.* 2. *C. de obl. & act. l. pen. C. quan. fisc. vel priv. tit. ff. & C. de hær. vel act. vend.* Aliena autem redimi, aut earum æstimatio præstari potest, ut de re aliena legata proditum est. §. 4. *infr. de leg.*

(*m*) *l.* 34. §. 3. *arg. l.* 62. §. 1. *de cont. empt.* add. *Mouy. de cont. in gen. art.* 7. *num.* 9. *& seq.*

(*n*) Quia sicut rei furtivæ, ita & earum usucapio interdicta. §. 2. *Inst. de usu. l.* 48. *de acquir. rer. dom.* Excipiemus quoque frumentum publici canonis, quodque exercitui mittitur. *l. pen. & ult. C. quæ res vend.*

(*o*) *l.* 54. *de verb. obl.* Ubi more J. C. recepto species dicuntur, quas Dialectici fere appellant individua, ut Stichus, hic equus, hic bos; genera, ea omnia, quæ sub appellatione communi plures huic appellationi subjectas continent, etiam ea, quæ Dialecticis sunt species infimæ, ut homo, equus, bos.

(*p*) Ita ut promissor in hoc genere electionem habeat. §. 33. *vers. præterea. Inst. de act.*

(*q*) *l.* 115. *de verb. obl.* add. *l.* 95. *eod. l. ult.* §. 1. *C. de dot. prom. l.* 14. *ff. de ann. leg.* Ex quibus locis simul sciri potest, quomodo earum rerum quantitas etiam non adjecta ex aliis rebus intelligi possit.

(*r*) §. *si impossibilis*, 10. *Inst. de inut. stip.* 8. 5. *Inst. de verb. obl.* Contrarium tamen scriptum videtur in *l.* 58. §. 1. *ff. locat.* Sed ibi duæ sunt conventiones, locatio operis, & conventio de tempore, quarum prior, quæ possibilis est, non debet per alteram impossibilem vitiari. Hic una conventio est, eaque impossibilis.

(*f*) *l.* 29. *& seq. ff. de legib. l. non dubium. Cod. eod.* Exemp. in *l.* 66. *de verb. obl.*

(*t*) Vid. *l.* 7. 7. §. 3. *l.* 27. §. 4. *l.* 53. *ff. pact. l. si flagitii*, 123. *de verb. obl. l.* 2. *pen. & ult. de cond. ob turp. caus. l.* 3. *C. eod. l.* 1. §. *si cui*, 12. *de ext. cogn. l.* 6. §. 3. *mand. l.* 13. *pro soc.*

(*u*) *d. l. non dubium. C. de leg.* congruit *d. l.* 7. §. *si pacifcar. ff. de pact.*

(*x*) Non enim vetant S. C. pecuniam filiofam. credi, aut mulierem intercedere, sed cavent, ne eo nomine actio, petitiove detur. *leg.* 1. *de S. C. Mac. leg.* 2. *ad Vell.*

(*y*) *l. generaliter* 29. *& l.* 61. *de verb. obl. l. C. de inut. stip.* Sin conventio conceptione ipsa nihil turpitudinis habet, sed tamen in re ipsa, & causa promittenda inest aliqua turpitudo, petens exceptione summovebitur? ad quam speciem aptandum est responsum Paul. in *l.* 8. *de cond. ob turp. ca.*

(*z*) Non prior, quia non quovis die reum convenire actori utile est; non posterior, propter electionem debitoris. Vid. *l.* 115. *de verb. obl. l.* 2. §. 5. *de eo, quod certo loc.*

CAPUT X.

De personis contrahentium.

TRibus conventionum causis absolutis offert sese quarta, & postrema, nempe personæ. Non continuo qui contraxit, quamvis superiora concurrant, obligatur. Quominus obligetur, aut persona promittentis impedimento est, aut is, cui promittitur. Impedimenta obligationi ex persona promittentis obstantia, aut generalia sunt, aut quorumdam contractuum propria. Generalia, aut ex conditione personæ, aut ex causa aliqua extrinsecus interveniente. Conditione personæ impediuntur servi. Servi ex nullo contractu, aut facto suo, extra causam maleficii, obligari possunt, aut alios sibi (*a*) adstringere; quod adeo verum est, ut si liber contraxerit; deinde in servitutem postea deductus sit, extinguatur (*b*) obligatio. Liberorum ea ratio est, ut sola eorum (*c*) conditio nunquam contractum impediat. Impedimenta quæ extrinsecus intervenientia obligationi obstant, sunt duo: inopia earum rerum, quas contractus desiderat, tum beneficium juris. Si quis non est capax earum rerum, quas contractus desiderat, is ex persona sua contrahendo obligari non potest. Res ad contrahendam obligationem necessariæ ex persona promittentis duæ: consensus: & libera rerum administratio; proinde si qui sunt, quorum nullus est consensus, aut quibus rerum administratio adempta est, hi ex contractu non obligabuntur. In priore genere sunt furiosi, mentecapti, infantes. Hos constat nullum negotium recte gerere, eoque nec ipsos se obligare, nec alios sibi posse, nec si tutoris, aut curatoris auctoritas (*d*) accesserit. His prodigum licet adjiciamus, hoc est, eum, cui bonis interdictum est; nam, & in eadem causa cum furioso habetur, cum de eo (*e*) obligando agitur. Ceterum stipulando, aut aliud negotium gerendo, sibi alium obligare (*f*) potest.

Rerum administrationem hominibus, quamvis alioqui intelligentibus, & sanæ mentis, duæ res adimunt, sed dissimiliter; ætas, & vitium corporis. Ætas tum impuberibus, qui infantiam excesserunt, tum adolescentibus puberibus. Impubes infante major, tutore auctore, & alios sibi contrahendo obligare, & aliis obligari potest. Sine tutoris auctoritate alios quidem sibi obstringit, ipse vero aliis non (*g*) obligatur, nisi quatenus factus est locupletior (*h*). De adolescente pubere hæc (*i*) extat distinctio; si curatorem habens minor 25. annis sine curatoris auctoritate contraxerit, hunc contractum servari non oportere; non magis quam si contraxisset is, cui a Prætore curatore dato bonis interdictum est. Si vero sine curatore constitutus contraxerit, eum jure civili obligari, tametsi beneficio ætatis possit restitui. Eadem distinctio adhibeatur & in his, qui propter vitium corporis curatores accipere solent; ut sunt muti, surdi, cæci, & si qui alii similes, quibus curator dari solet.

Impedimentum proprium stipulationis unum est, si is, qui stipulatur, verba promittentis, aut is qui promittit, verba stipulantis audire non (*k*) potest. His remotis, nulli liberi homines

(*a*) *l. 6. C. de jud. l. 14. ff. de O. & A.* in tantum, ut nec manumissi postea teneantur. *l. 17. de neg. gest. tot. tit. C. an servo pro suo fact.* una hic exceptio est, si quid domino promiserint ob manumissionem. *l. 3. C. d. tit.* Sane naturaliter ex contractibus suis obligantur, & obligant. *d. l. 14. l. 15. de cond. ind.*

(*b*) In eum casum deducta, unde incipere non potest, nec restitutus redit in obligationem. *leg. 30. de O. & A.*

(*c*) Cui rei argumento est filiusf. qui tametsi jure potestatis non multum differt a servo, tamen ex omnibus causis tamquam paterf. obligatur. *l. 39. d. tit.*

(*d*) *l. 5. de R. J. l. 1. §. 12. de O. & A. §. 8. & 9. Inst. de inut. stip.* Utique tamen quod furiosus gessit intermissione furoris, ratum haberi debet. *arg. §. 1. Inst. quib. non est per. fac. test.* sed nec furor postea interveniens ullum negotium recte ab eo gestum perimit. *d. §. 1.*

(*e*) Et de minuendo patrimonio *l. 12. in fin. de tut. & cur. dat.* neque alio pertinet quod traditur in *l. 40. de R. J.* ejus, cui bonis interdictum est, nullam esse voluntatem. Quid? an non obligabitur saltem natura? non ausim negare, sed tamen destituitur ea obligatio omni auxilio juris civilis. *l. 6. de V. O.* Vid. *c. 2. sup.*

(*f*) *d. l. 5.* Illud hic quæri solet, ipso ne jure quis pro Prodigo haberi debeat, an demum post decretum Magistratus? Dicendum est eum, qui moribus talis est, qualis describitur in *l. 1. de cur. fur.* revera quidem, & ethice prodigum esse; ceterum politice, & quo ad administrationem rerum non ante talem haberi, quam ea administratio decreto magistratus ei adempta sit; quo fiat, ut jam aut ipso jure ex *l. 12. tab.* incipiat esse in curatione agnatorum, aut, si illi idonei non sint, a prætore curatorem accipiat. *§. furiosi. Inst. de cur. d. l. 1. & 13. de cur. fur.* Idque ita etiam olim obtinuisse vel ex uno Horatii loco intelligitur. *lib. 2. serm. 3. Interdicto huic omne adimat jus Prætor & ad sanos abeat tutela propinquos.* Attigi hanc quæstionem etiam *l. 1. c. 13.*

(*g*) *dict. l. 5. de R. J. d. §. 9. Inst. de inut. stip. l. 1. §. antep. de O. & A.* & universum meliorem quidem conditionem suam facere pupillus potest etiam sine tutoris auctoritate, deteriorem non potest. *Inst. de auct. tut. in pr. l. 9. ff. eod.*

(*h*) Idque ex rescripto D. Pii. *l. 1. l. 5. in pr. & §. 1. ff. eod. l. 3. pr. comm.* An autem pupillus sine tutoris auctoritate ex conventione aliquando naturaliter obligetur, & quam vim ea obligatio habeat jure civili dictum est *sup. c. 2.*

(*i*) In *l. 3. Cod. de inut. rest.* estque id omnino consequens ademptioni potestatis administrandæ. *l. sane, Cod. adm. tut. d. l. 6. de V. O. l. 1. de min. l. 21. de V. S.* & alias assiduis implorationibus tribunalia personarent; ad *l. 101. de V. O.* respondeo cum Rob. 1. *anim.* 12. non dicere J. C. simpliciter minores sine curatoribus suis obligari, sed posse obligari nempe aliquando; cum scilicet sine periculo suo promittunt; quod non uno casu fieri potest, ubi stipulatio obligationi jam constitutæ accedit. Ceterum, ut eas ipsas res, quarum administratio eis denegata est, in obligationem deducant, atque ex hoc suo contractu ipso jure obligentur, vix est, ut defendi possit.

(*k*) *l. 5. §. penult. & ult. ff. de obl. & act. l. 1. in pr. de V. O. §. mutum, 7. Inst. de inut. stip.* Hoc autem ideo speciale in stipulatione, quia non nisi verbis perficitur.

mines, ac ne filii quidem familias impediantur, quominus contrahenda voluntate sua recte obligentur.

Beneficio juris ut ne obligentur, tributum est filiisfam. in pecunia credita, & mulieri pro alio intercedenti. Quarum rerum tractatio, utpote uberior, tantisper differenda, donec institutum divisionis cursum absolverimus.

Hæc igitur de promissore. De eo, cui promittitur ita definiemus: Quidquid promittitur ei, cui obligari non possumus, aut qui alii obligationem acquirere non potest, id inutiliter promittitur. Id accidit tribus de causis, unde & totidem sunt ordines eorum, qui nec sibi, nec aliis acquirunt. In primo ordine sunt qui naturali contrahendi facultate destituuntur, ut in universum (l) furiosus, infans; in stipulatione mutus, surdus. Secundus ordo est eorum, qui contrahere quidem, & rem gerere recte possunt, sed sibi contrahendo non prosunt, propterea quod actionem ex eo contractu acquirere prohibentur. In hoc numero sunt hi: (m) dominus cum servo quid gerens, pater cum filio (n) frater cum fratre, qui in ejusdem patris sunt potestate, verum in rebus, quæ patri (o) acquiri solent. Tertii ordinis sunt, qui certis de causis, aut rebus, aut certis modis contrahere prohibentur, in quo sunt (p) præsides provinciarum officii causa in provincia ad tempus degentes, palatini, milites, & alii plures, quos enumerare idcirco necesse non est, quia moribus nostrorum temporum nulla, quod sciam, hujus interdictionis ratio habetur. Tutor, curator, item administratores alienarum rerum omnes, si res dominorum ex officio distrahant, sibi eas parare, nisi palam, & bona fide prohibentur (q).

CAPUT XI.

De Senatusconsulto Macedoniano.

Accedamus nunc ad obligationem filiisfam. & mulierum, cujus paulo ante mentionem habuimus. Filiusfam. ex omnibus causis tanquam paterfam. (r) obligatur, excepta duntaxat pecunia credita ex beneficio (s) SC. Macedoniani. Quod ideo senatus prospexit, ut a parentibus averteret periculum, quod, parata luxuriei materia, æreque alieno grandi contracto, haud frustra ab filiisfamil. metui amplissimus ordo existimavit. Summa sententiæ senatusconsulti tribus capitibus continetur; prohibitione, pœna, exceptionibus, sive rebus, in quibus mens SC. cessat. In primo capite, quo vetat, ne quis filiofam. mutuam pecuniam det, quinque sunt animadversione digna, quorum duo priora ad personas contrahentium pertinent, reliqua ad rem prohibitam. De persona creditoris ex generali prohibitione ita generaliter definiemus: omnes omnino cujuscumque (t) ordinis, aut dignitatis sint, mutuam pecuniam filiofam. dantes in Senatusconsultum incidere. Secundo vetat senatus dari filiofam. quo nomine omnes (u) liberos sine discrimine sexus, aut gradus, qui modo in potestate parentis sint, comprehendi ex sententia Senatusconsulti responsum est, nec quidquam refert, frugi sit filiusfam. an non (x); magistratus, an privatus. Soli excepti, qui castrense, aut quasi castrense peculium habent, & præcipue milites. In his jam olim placuit cessare SC. usque ad quantitatem (y) castrensis peculii, cum in eo vice patrumfamiliarum fungantur. At postea de filiisfam. sub armata militia militantibus generaliter cautum, ut his credi pecunia libere, & indistincte possit, ut & pater eo nomine de peculio (z) obstringatur. Vetat Senatusconsultum pe-

---

(l) *d. l.* 1. §. 12. *& seq. d.* §. *mutum*, *& duob. seqq.* Prodigus vero, item impuberes, qui infantiam excesserunt, multoque magis puberes in ea causa sunt, ut sibi obligationem acquirere possint. §. 8. *Instit. de inut. stip. l.* 9. *de auct. tut.*

(m) *l.* 6. C. *de jud.* naturaliter tamen ex eo servo obligari, ideoque nec manumisso solutum repetere posse scriptum est in *l.* 64. *de cond. ind.*

(n) §. 12. *Inst. de obl. quæ ex del. l.* 4. *ff. de jud. l.* 38. *de cond. ind.* sed & in proposito quin naturaliter contrahentes obligentur, nulla dubitatio est. *d. l.* 38. *in pr. &* §. *pen.* Apud nos etiam civiliter obligari supra diximus.

(o) Videlicet peculio profectitio: nam ad quantitatem castrensium peculiorum obligatio civilis contrahitur. *d. l.* 4. *de jud.* in adventitiis saltem usque ad proprietatem; tametsi hoc neget Cœp. *c.* 7. *de cont. stipul. n.* 43. *& seqq.*

(p) Vid. *l. un.* Cod. *de contr. jud. l.* 62. *ff. de cont. empt. l.* 33. *& seq. si cert. pet. l. ultim.* Cod. *de rescind. vendit.* rationem interdictionis apud Zas. Alc. Don. *in d. l.* 33.

(q) *l.* 34. §. *ultim. l.* 46. *ff. de cont. empt.* ne scilicet munere ad utilitatem dominorum comparato per speciem officii ad suum compendium abutantur. *arg. l.* 54. *de adem. tut.*

(r) *l.* 39. *de* O. *& A. l.* 57. *de jud.* Conveniri igitur patre etiamnum superstite potest; tametsi condemnatio adversus eum facta ad bona paterna non peculiaria non extendatur.

(s) Quod extat in *l.* 1. *ff. de SC. Mac.* cujus summa dilucide comprehensa est in §. *penult. Inst. quod cum eo.*

(t) Ut nec intersit utrum privatus crediderit, an civitas. *l.* 15. *ff. hoc tit.*

(u) *l.* 9. §. 2. *l.* 14. *ff. l. pen.* C. *eod.* & alias sæpe responsum, appellatione filii etiam nepotem, & filiam contineri. *l.* 220. §. *ult. l.* 195. *de V. S.*

(x) *l.* 5. §. *ult. ff. hoc tit.* nempe qui nunc frugi est, potest corrumpi, qui autem sunt in aliquo dignitatis gradu, solent esse persusiores, excipi tamen debent ex dignitates, quæ filium eximunt potestate. Nov. 81.

(y) *l.* 1. *in fin. & l.* 2. *ff. l. ult. in fin.* Cod. *eod.*

(z) Etiamsi non habeant castrense peculium, aut si habeant, mutuum ejus quantitatem excedat. *d. l. ult.* §. *ult.*

pecuniam credi filiofam. non vetat emancipatis, aut aliter sui juris vivo adhuc patre effectis; nam eos tantum in periculum vocari senatus putavit, quorum in (*a*) potestate essent. Quod si pendeat, an in potestate sit filius, forte quia patrem apud hostes habet, interim denegabitur (*b*) actio. Tertio is solus SC. offendit, qui mutuum dedit, non qui alias (*c*) contraxit; puta vendidit, locavit; modo ne quid fiat in fraudem senatusconsulti, & ideo etsi in creditum abiit filiofam. ex alio contractu, in quo pecuniam non numeravit, cessat senatusconsultum. Quarto sola pecunia (*d*) numerata hinc removetur; ceteræ autem (*e*) res omnes utiliter filiofam. mutuo dantur, nisi & in his fraus senatusconsulto quæratur. Illud non refert, utrum pecunia sub usuris mutuo data sit (*f*) an sine usuris. Postremo dari pecuniam senatusconsultum vetat, promitti non vetat, proinde si stipulanti alicui pecuniam mutuam promisero, deinde alio tempore numeravero, numerationis (*g*) tempus inspiciendum erit.

Tantum de prohibitione. Sequitur pœna, sive auxilium senatusconsulti. In pœna verbis senatusconsulti breviter comprehensa quatuor sunt consideranda. Ex quibus primum est (*h*), actionem omnem denegari, si contra SC. factum esse apparebit; aut si de eo (*i*) ambigetur, exceptionem adversus actionem dari, quæ est illa a jureconsultis toties usurpata exceptio SC. Macedoniani. Secundo denegari actionem omnibus, sive pœnæ senatusconsulti obnoxios esse (*k*) omnes, quibus actio competeret, si senatusconsultum non obstaret. Tertio dari exceptionem senatusconsulti non filiofam. solum, sed & parenti ejus, & (*l*) hæredibus, si paterfam. decesserit, hoc amplius & fidejussoribus, ceterisque accessionibus, quæ (*m*) regressum sunt habituræ adversus principales reos. Quarto exceptionem hanc esse (*n*) perpetuam, nec si filius potestate liberatus fuerit, ideo magis bonum (*o*) nomen fieri, quin etiam (*p*) post rem judicatam exemplo mulieris intercedentis, opponi posse, dummodo res acta sit judicio cum filio fam. non cum eo, qui jam factus est sui juris. Nunc videamus quibus in causis cesset senatusconsulti sententia.

CAPUT XII.

Exceptionem senatusconsulti Macedoniani quæ res impediant.

Tres sunt causæ, quibus intervenientibus, senatusconsulto non est locus, quamvis constet creditam esse filiofam. pecuniam. Prima ducitur ex persona creditoris, si is justo (*q*) errore deceptus patremfam. esse credidit, cui pecuniam dedit. Justum errorem duæ res faciunt, vulgata opinio, & fama, qua filiusfam. pro patrefam. passim habebatur, quia sic agebat, sic contrahebat, sic muneribus (*r*) fungebatur, & mendacium filii, si se patremfamil. mentiatur, nec creditor aliunde esse sciverit, aut scire potuerit filiumfamil. esse. Ceterum si stulte credidit, non denegabitur exceptio (*s*).

Secun-

(*a*) *l. 3. §. 3. & seq. ff. eod. d. §. pen. Inst. quod cum eo.* Ab emancipatis, qui in aliam familiam transeunt, non magis tale quid metuendum est, quam a quovis extraneo; sed nec pater ex contractibus eorum ullo modo tenetur. *l. 1. C. ne fil. pro pat.*

(*b*) Ne contra SC. fiat, si forte pater redeat. *l. 1. §. 1. eodem.*

(*c*) *l. 3. §. 3. ff. l. 3. Cod. eod.* add. *l. 7. §. 13. ff. eodem.*

(*d*) Quod colligit Ulp. ex eo, quod senatus mutuam pecuniam dixit; alioqui suffecisset, si uno verbo dixisset, mutuum. *d. l. 7. §. 3.*

(*e*) *dict. loc.* quippe in aliis rebus filiof. mutuo datis non idem est periculum, quod in pecunia numerata.

(*f*) *d. l. 7. § sive, 9. d. §. pen. inst. quod cum eo*, quamquam Senatus præcipue prohibuit filiisf. fœnerari, *d. l. 1. ff. & l. 3. C. eod.*

(*g*) Ut si eo tempore paterfam. reperiatur, cesset S. C. sin filiusfam. S. C. sit locus. *d. l. 3. §. ult. & 3. Il. seqq. eodem.*

(*h*) Quam alioqui habiturus esset creditor, sive ea in persona sit, sive in rem de pignore. *d. l. 1. d. §. pen.* nec interest nummi consumpti sint, an adhuc exstent in peculio. *l. 9. §. 2. ff. eod.*

(*i*) Sic interpretatur Ulp. edictum de jurejurando iisdem verbis de actione non danda conceptum; quibus SC. Mac. *l. 9. de jurejur.*

(*k*) Quo in numero sunt non tantum ipse creditor, qui pecuniam numeravit, sed etiam creditoris hæredes, item alius, qui eam pecuniam reddi stipulatus est. *d. l. 7. § non solum, 6. & seqq. eod.* Nec obstant verba SC. in *l. 1. eod.* nam & isti perinde habentur, interpretatione juris, quasi pecuniam numerassent.

(*l*) *dict. l. 7. §. quamquam, 10. l. 9. § non solum, 3. eod.*

(*m*) Secus est, si nullum regressum habeant, puta si donandi animo fidejusserunt. *d. l. 9. § 3.* item si filiusf. institor mutuam pecuniam accepit; tum enim ipse quidem exceptione SC. juvabitur; ceterum adversus extraneum, qui eum præposuit institoria dabitur; quod si pater eum præposuit, in universum cessabit SC. quoniam tum voluntate patris contractum videtur. *d. l. 7. §. interdum, 11.*

(*n*) *l. 40. de cond. ind.* arguit definitio peremptoriarum & perpetuarum exceptionum. *§. perpetuæ. Inst. de exc.*

(*o*) Idest, debitum utile, quod jure exigi possit. *dict. l. 1. in fin. pr. §. pen. Inst. quod cum eo, d. l. 7. §. 4. & seq.*

(*p*) *l. tamen, 11. eod.* contra quam receptum est in ceteris exceptionibus peremptoriis. *l. 2. C. sent. rescind. non poss.* ne quod una via prohibitum est, eo altera perveniatur C. *cum quid una, de reg. in 6.*

(*q*) *l. 3. eod.* sumptum ex sententia SC. quoniam hic cessat causa denegatæ actionis.

(*r*) *d. l. 3. l. 2. C. eod.* Quid si duo sint rei credendi, quorum unus sciat, alter justo errore ductus ignoret filium esse familias; in utroque erit locus SC. *d. l. 7. §. 7.* non quod scientia unius alteri noceat, sed propter conjunctionem obligationis. *l. 2. ff. 1. Inst. de duob. reis.* Quod si duo sint filiif. rei debendi, quorum unum creditor filiumf. esse scivit, alterum ignoravit, distinguendum est ad utrum pecunia pervenit. *d. l. 7. §. 8.*

(*s*) *l. 1. C. junct. l. pen. ff. de S. C. Mac.* sicut & alias receptum. *l. 4. §. 1. l. 6. quod cum eo.*

Secunda causa ex persona nascitur patris. Hinc gemina exceptionis senatusconsulti denegatio; una est, si (*t*) voluntate patris pecunia credita fuerit, altera si in rem ejus versa sit. Voluntate patris creditam accipimus, non solum si (*u*) mandante patre data sit, sed & si sciente tantum, nec (*x*) contradicente, aut si postea (*y*) ratum habuit, quod actum est. Versa in rem patris pecunia intelligitur; si quid inde aut acquisitum sit patri, puta si filius rem utilem comparavit, æs alienum solvit, actionemve patri quæsivit, aut si quid fecit, quo facto nihil amittat pater de suo: puta si pecuniam impendit in rem eam, in quam pater voluntate sua impensurus erat, nullo jure, aut necessitate obligationis coactus. Cujus rei complura exstant (*z*) exempla. Unum notabile, quod ad hanc speciem pertinet, si filiusfam. studiorum causa absens pecuniam mutuam accepit. In hac causa placet cessare senatusconsultum: sed ita, si & creditor probabilem modum ex voluntate patris non excesserit, aut pecunia data sit ad necessarios sumptus, quos patris pietas non (*a*) recusaret, & simul pecunia versa sit in eos usus, in quos pater (*b*) impendi vellet.

Tertia causa a persona filiifam. ducta est. Hic item exceptiones duæ; una est, si filius vice Patrisfam. fungatur; ut miles, & quisquis peculium castrense, aut quasi habet, de quo dictum est capite præcedenti; altera si filius potestate liberatus, debitum iterum (*c*) agnoverit. Id fit tribus modis: solvendo, accessiones adjiciendo, in eam rem se obligando. Solutione debitum agnosci, siquidem totum solvatur, nulla dubitatio est, quamquam, & hic alia ratione cessat repetitio, nempe quia (*d*) naturaliter debuit. Sed etsi partem tantum solverit, nihilominus tamen dicimus cessare senatusconsultum, quia partem solvendo videtur totum debitum (*e*) agnovisse. Novas accessiones adjiciendo debitum (*f*) agnoscere intelligitur, qui in pecuniam mutuam fidejussores dat, aut pignus, sed usque ad (*g*) quantitatem pignoris dumtaxat. Nova in eam rem obligatione filius debitum agnoscit, si novationis causa eamdem pecuniam stipulanti promittat, aut etiam sine stipulatione pacto constituat (*h*) se soluturum, nisi in facto erraverit (*i*), putans se ex alia causa debere, quam ex mutuo. Illud porro non ignorandum, agnitionem filii sui juris facti facere quidem, ut cesset senatusconsultum, sed adversus se tantum, patri, & fidejussoribus non nocere, quamvis ratihabitio patris confirmet mutuum in omnes, adversus quos, ni senatusconsultum obstaret (*k*), actio jure civili competeret. Ex his autem, quæ dicta sunt, apparet inutilem esse agnitionem, si filius adhuc in potestate constitutus debitum agnoverit. Quid ergo si solverit? Certum quidem est eum repetere (*l*) non posse; pater autem, si nummi ex peculio profectitio, aut adventitio soluti sunt, vindicare eos, si extant, aut consumptos mala fide condicere non prohibetur, nisi pecunia hac conditione filio donata sit, ut creditori solveret (*m*).

CA-

(*t*) *l.* 2. C. *l.* 7. §. *quamquam*, 10. ff. *de S. C. Mac.*

(*u*) *l.* 1. ff. *quod jussu.* etiamsi postea mandatum ignorante creditore revocaverit, ut hic initium contractus spectetur. *l.* 12. ff. *de S. C. Maced.* secus si sciente. *d. l.* 1. §. 2.

(*x*) *d. l.* 12. *d. l.* 7. §. *non solum*, 11. & recte; potuit enim pater prohibere, & pro officio debuit; quod ni ita esset, non continuo velle, aut consentire intelligeretur, ut multis juris argumentis probari potest. Vid. *l.* 142. *de R. J. l.* 1. §. *licet*, 20. *de exerc. act.* junct. *l.* 13. §. 1. *de his qui not. inf. l.* 4. *de nox. act.* add. Don. ad *l.* 6. C. *mand. n.* 7.

(*y*) *l. ult.* C. *de S. C. Maced.* ubi Just. per occasionem hujus ratihabitionis constituit, ut in omnibus causis in universum ratihabitio mandato comparetur, indeque descripta est reg. jur. Can. *c. ratihabitionem, de reg. jur. in 6.* Illud non refert, quomodo pater ratum habeat, verbis, an facto aliquo, atque adeo silentio, exempl. *in l.* 7. §. *pen l.* 26. ff. *eod.*

(*z*) In *l.* 7. §. 12. & 14. *l.* 17. ff. *l.* 2. *Cod. eod. l.* 7. & *duab. seqq. de in rem. vers.* in quibus non consilium filiifam. de vertenda in rem patris pecunia, sed eventum spectamus.

(*a*) Sic verba sunt *l.* 5. C. *de S. C. Mac.* ad *l.* 7. §. 13. ff. eod. Gomes. 2. res. 6. *n.* 2.

(*b*) *Arg. l.* 7. §. 7. *l.* 3. §. *Sed si*, 9. ff. *de in rem. vers.* & satis aperte significatur in *dict. l.* 5. *vers. sane.* C. *de S. C. Mac.*

(*c*) *l.* 2. C. *eod.* Hac enim agnitione novum mutuum contrahitur, *l.* 9. §. *ult. de reb. cred. l.* 9. §. 9. *de acquir. rer. dom.*

(*d*) *l.* 9. §. *ult.* & *l. seq.* ff. *de S. C. Maced.* Quid si per errorem solverit? Adhuc idem dicendum. *l.* 14. *in fin. de reb. cred.*

(*e*) *l.* 7. §. *ult.* ff. *de S. C. Mac.* nempe quia pars intelligi non potest, nisi totius.

(*f*) Et enim ipso testatur se ratam esse velle principalem obligationem. *d. l.* 9. *in pr.*

(*g*) *d. loc.* aliter atque in partis debiti solutione: nam in pignore cum dubitari possit, utrum pro toto debito, an pro parte dederit, in hac obscuritate, quod minimum est sequimur, juxta *l.* 9. & *l.* 34. *de R. J.* Fidejussor autem ut in solidum tenetur, nisi in partem datus sit, ita & qui eum dedit solidum agnovisse censendus est.

(*h*) *l.* 2. C. *arg. l.* 2. §. *pen. de const. pec.*

(*i*) Quo tempore jam est sui juris *l. ult.* ff.

(*k*) Cur tam varie? nempe quia ut mutuum consistat adversus omnes, ex SC. requiritur utriusque consensus & filii, & patris, quod fit, cum, quod filius mutuum accepit, pater ratum habet; cum agnitione vero filii non statim concurrit consensus patris.

(*l*) Quia naturalis obligatio manet. *l.* 9. §. *ult.* & *l. seq.* ff. *eod.*

(*m*) Vid. *l.* 3. §. 2. *dict. l.* 9. §. 1. *eodem*, bona autem fide consumptorum nulla est conditio. *l.* 14. *de reb. credit.*

CAPUT XIII.

De intercessione feminarum, seu de Senatusconsulto Velliano.

FEminæ quoque, uti filiifam. non semper ex persona sua (n) obligantur. Subventum iis intercessionibus (o) Senatusconsulto Vellejano. Quod ideo Senatus providit, ne feminæ virilibus officiis (p) fungerentur, neu remoto præsentis periculi metu alienam obligationem facilitate sua suscipiendo, (q) obstringerentur. Hujus senatusconsulti tractatio iisdem capitibus, quibus Macedonianum, continetur; prohibitione, auxilio, auxilii exceptionibus. Prohibitio hæc est, ne feminæ pro aliis (r) intercedant. Intercedere est veterem obligationem, aut novam (s) recipere. Veterem recipiunt mulieres aut participando, aut eam in se transferendo. Participando, ut fidejubeant, vel constituant, aut mandent alii pecuniam dari, vel ut res suas, aut sibi obligatas supponant. Transferendo in se, & veterem obligationem transfundendo, ut si expromittant pro alio, si alienum debitorem in judicio defendant; nam & hoc casu quasi novatio fit. Novam obligationem recipit mulier, si cum alius obligari deberet, solam se ream constituat. In omni igitur intercessione duo concurrere debent; unum, ut mulier vel se, vel res suas obliget, proinde si pro alio (t) solverit, aut quid liberandi debitoris causa fecerit, cum ipsa prius obligata non esset, aut pignus (u) remiserit debitori, senatusconsulto non est locus. Alterum est, ut pro (x) alio se obliget, nam si suam obligationem suscepit, quod fit, quoties res gesta est in ipsius (y) utilitatem, cessabit senatusconsultum.

Auxilium (z) senatusconsulti duplex: nam & mulieri opitulatur, & creditori mulieris, ut si de intercessione constabit, nulla actio, petitiove adversus mulierem detur, aut si hoc non (a) satis liquebit, exceptio, qua probata, non teneatur. Sed interdum nec ipso jure tenetur, ut nec auxilium senatusconsulti desideret, quod novo jure receptum (b) duabus in causis; una est, si mulier privato tantum instrumento interveniente fidejusserit; altera, si pro mutuo, quod marito datum est, se obligavit, quamvis post biennium repetita sit intercessio. Exceptio hæc & perpetua est, & post sententiam quoque objici (c) potest. Datur non mulieri tantum, sed & hæredibus ejus, & (d) fidejussoribus etiam iis, qui mandati actionem non habent, quales sunt, qui donandi animo (e) fidejusserunt. Hoc amplius & condictio mulieri competit, si ex causa intercessionis per errorem solverit (f).

Alterum auxilium per occasionem senatusconsulti tribuitur creditori. Id tale est, ut actio vetus a (g) Prætore restituatur creditori, si is eam propter intercessionem (h) amiserit. Si tamen mulier non ignorans se beneficio senatusconsulti munitam (i) solverit, aut pro ve-

tere

(n) Excipitur moribus nostris nupta, quæ ex contractu sine consensu mariti inito non obligatur; mercatrices tamen in negotiatione, cui præpositæ sunt, & se, & maritos obligant. Ceterum in intercessionibus non idcirco minus beneficio S. C. fruuntur. Neostadi *obs. rer. jud.* 18.

(o) Quod extat in *l.* 2. *ff. ad S. C. Vel ejun.*

(p) Inter quæ numeratur etiam intercessio. *l.* 2. *de R. J.* quod officium hoc magis adimendum eis fuit, quia in eo non sola opera, nudumque ministerium versatur, sed etiam periculum rei familiaris *l.* 1. §. 1. *ff. hoc tit.*

(q) Propter sexus imbecillitatem multis captionibus expositi, atque objecti. *l.* 1. §. 2. *eod.*

(r) Unde factum est, ut hoc S. C. dicatur de intercessionibus feminarum. *l.* 40. *de cond. ind. l.* 2. *l.* 9. *& seq.* C. *hoc tit.*

(s) *l.* 8. §. 1. *ff. l. feminis* C. *eod.* quæ sequuntur petita sunt ex *l.* 4. *l.* 10. C. *l.* 2. §. *ult. l.* 8. §. *pen. ff. eod* Bellissime Cujac. *tract.* 4. *ad Afric. in leg.* 19. *hoc tit.*

(t) Quia non intercedit, quæ solvendo se non obligat; senatus autem obligatæ mulieri succurrere voluit, non donanti. *l.* 4. *ff. l.* 4. C. *eod.* Hoc ideo, quia mulier facilius induci potest, ut se obliget, ubi nullum præsens damnum videt, quam ut quid donet, & deperdat de suo; quod rarum est, & contra sexus avari naturam. *l.* 18. *in fin.* C. *de don. ant. nupt. l.* 33. §. 1. *de don. int. vir. & ux.*

(u) Quod utrumque superiori consequens. *l.* 5. *l.* 8. *in pr.* §. 5. *ff. hoc tit. l.* 1. *l.* 9. C. *eod.*

(x) Non refert pro quo, extraneo, an persona conjuncta, patre. *l.* 8. filio. *l.* 3. C. *eod.* marito, ut passim.

(y) Exempl. in *l. aliquando.* 13. *l.* 15. 19. 22. 24. *ff. l.* 2. C. *eod.*

(z) Sive beneficium S. C. adversus intercessionem: sic enim passim a veteribus appellatur.

(a) Uti & verba S. C. Mac. interpretati sumus ex *l.* 9. *de jurejur.*

(b) Quarum prior comprehensa est in *l.* 23. § *ult.* altera in *Auth. si qua mulier*, C. *hoc tit.*

(c) *l.* 11. *ff. de S. C. Mac.* cujus rei ratio obiter indicata est *sup. in fin.* C. 11.

(d) *l.* 14. C. *l.* 15 §. 1. *ff. hic*, eaque vis est rei cohærentium exceptionum. *l.* 7. *de except.*

(e) Contra est in *S. C. Maced. leg.* 9. §. 3. *de S. C. Mac.* quippe cujus exceptio datur filii, & patris causa dumtaxat. §. *pen. Inst. quod cum eo.* At Vallej. exceptio non mulieris solum gratia comparata est, sed totum genus intercessionis a senatu improbatum, ut continens civile, & virile officium. *l.* 16. §. 1. *in fin. ff. hoc tit.*

(f) *l.* 9. C. *eod. l.* 40. *ff. de cond. ind.* nec distinguemus inter ignorantiam juris & facti, quia neutra feminis nocet *l.* 9. *de jur. & fact. ign.* Si quis dicat, mulierem saltem naturaliter obligari, in promptu responsio est, eam obligationem post S. C. vim nullam jure civili habere. Vid. *c.* 2. *sup.*

(g) *l.* 15. *in fin. eod.* Idem significatur in *l.* 24. §. *ult. eod.* unde etiam hæc actio utilis dicitur in *l.* 8. §. 8. & 13. *eod* ratio restitutionis in generali clausula edicti, *ex quibus caus. major.* petenda, quæ & redditur in *l.* 14. *ff. hoc tit.*

(h) Quod fit cum mulier, liberato principali debitore, obligationem in se transfert, aut cum eo omisso solam se ream constituit. *l.* 1. *in fin. l.* 8. §. 7. *& pen. eod.*

(i) Nullo nec facti errore, nec juris. *d. l.* 2. §. *si mulier.* *ss.*

tate debitore (k) judicium accipere parata sit, aut creditori alia civilis, & ordinaria actio (l) competat, restitutoria hæc denegabitur.

Exceptiones hujus SC. aut propter favorem causæ introductæ sunt, aut ob factum mulieris. Causæ (m) duæ: una manumissionis, altera dotis. Facta Senatus auxilium excludentia sunt quatuor: si mulier mentita suum negotium esse creditorem (n) deceperit; si intercessionem nova cautione confirmarit post (o) biennium; si pro intercessione aliquid (p) acceperit; si beneficio senatusconsulti renunciaverit; Quod receptum est duabus tantum in (q) causis; quarum alteram rei necessitas (r) expressit in matre, & avia tutelam liberorum suscipiente, alteram juris, si pro quo intercessit mulier, parata sit judicium (s) accipere; ac proinde hæc in exemplum trahi non oportet.

CAPUT XIV.

De vi & natura obligationis ex contractu. De emptione, & venditione.

INventa, & constituta obligatione ex contractu, postulat rerum series, ut de vi ejus, & effectu deinceps cognoscamus; qualis ea sit, quid contineat, quas præstationes, tum quam exigendi necessitatem adjunctam habeat. Id, quod ex contractu debetur, est duplex; quod ab initio in obligationem deducitur, tum quod postea accedit, injungiturque coercendæ plerumque moræ debitoris causa. Prius illud positum est, tum in iis rebus, quæ natura, & potestate judicii, cujusque quantumvis nec dictæ, nec cautæ contractibus insunt, tum in conventione, quæ extrinsecus pro arbitrio contrahentium adjicitur. De natura igitur contractus primum dicatur. Hanc qui nosse volet, ei species utriusque generis contractuum prius excutiendæ sunt; deinde ad obligationem, & præstationes, quæ natura, & potestate contractus insunt, descendendum. Quod & nos fecimus orsi ab iis contractibus, qui solo consensu perficiuntur, quorum singulas species primum, deinde ceterorum contractuum, eo, quo propositæ sunt ordine, exequamur.

Primus locus in serie distributionis contractuum emptionis, & venditionis fuit. Emptio, & venditio est contractus mutuæ præstationis, quo res traditur pro pecunia, quæ vicissim datur, aut cum de iis præstandis (u) convenit. In hoc contractu singula tum facta, tum personæ contrahentium, tum res ipsæ in conventionem deductæ, propriis nominibus distinctæ sunt. Factum ejus, a quo res proficiscitur, dicitur venditio; ejus a quo pecunia est, emptio; ille venditor, hic emptor. Res quæ traditur, dicitur merx; pecunia, quæ pro re datur (x) pretium. Sed age, partes singulas definitione involutas distincte evolvamus. Constat, perficiturque emptio, & venditio tum rebus certis, tum certo dandi, tradendique fine. Res duæ; a venditore merx; ab emptore pretium. Primum sine re, quæ veneat nec emptio (y), nec venditio intelligi potest. Res hæc, ut plurimum certa est, nonnunquam tamen & incerta: ut cum fructus futuri, aut (z) frumenta in herbis emuntur, cui non absimilis est quasi aleæ emptio, veluti cum captus piscium, aut avium emitur; spei enim emptio est, ideoque etsi nihil inciderit (a), valet. Æque sine pretio, quod ab emptore datur, emptio non (b) consistit. In

(k) *l. ult. §. ult. eod.* siquidem hoc genere liberationis non minus liberatur debitor, quam solutione. *l. 23. de tolut.*

(l) Sicut accidit in specie *d. l. 8. §. si convenerit*, 8.

(m) Comprehensæ in *l. pen. & l. ult.* C. *eod.*

(n) Ductum ex sententia S. C.: quo infirmitati, non calliditati mulierum consulitur. *l. 2. §. 3. l. 23. ff. l. 5.* Cod. *eod.*

(o) Quod a Just. primum constitutum, hoc colore, quasi tum non tam pro aliena obligatione, quam pro sua intercedere videatur. *l. 22.* C. *eod.*

(p) *l. 23.* C. *eod.* ut redemptrix alienæ rei malo more. *l. pen. & ult.* C. *mand.* add. Duar. *c. 2. hic*.

(q) Quæ idcirco ad exemplum trahi non debent; nam quod vulgo placuit, mulierem ex quavis causa renunciantem S. C. ex intercessione obligari, quamvis eo jure etiam non utamur, vereor, ut jure civili Rom. defendi possit, cum Senatus totam intercessionem improbaverit tamquam factum incivile. *d. l. 16. in fin.* vid. Com. 2. *resp. 13. n. 17.* & Duar. *d. loc. cit.*

(r) Recepta scilicet tutela. *auth. matri, & aviæ* Cod. *quand. mul. tut.*

(s) Ejus liberandi causa. *l. ult. §. ult. ff. hic*, quod admissa solutione omnino consequens fuit. *l. 23. de solut.*

(t) Nec alius consensus, quam contrahentium requiritur; nam jus retractus, Rechinum Naastinge, quo nunc utimur, legibus R. aperte improbatum est. *l. 14.* C. *hoc tit. de cont. empt.* Duar. *c. 4. eod.* Descriptio sumpta est ex *l. 5. §. 1. de præsc. verb.*

(u) Quæ istis nominibus ita notata, & distincta sunt a Paul. in *l. 1. ff. hoc tit. & l. 1. de rer. perm.* Quid ergo est, quod dicitur in *l. veteres* . 19. *& seq.* veteres in emptione, & venditione, sicut in locatione, & conductione; his appellationibus promiscue usos esse? nempe id non hoc significat, ut uterentur uno pro altero, sed uno ad utrumque intelligendum, propterea quod unum sine altero nec esse, nec intelligi potest, quæ est natura relatorum. Con. 7. *com.* 6. Don. ad *l. un.* C. *si serv. ext.* Diss. post Cujac. & Rob. Vultejus *in Inst. hoc tit.*

(x) *l. 8. ff. eod.* Ceterum re aliqua verbis conventionis expressa, etiamsi ea non sit in rerum natura, aut commercio, dum pro extante, aut privati ignoranti vendatur, emptio contrahitur. *l. 4. & seq. eod.* videlicet hactenus, ut venditor consequatur quod sua interfuit non decipi. *l. 62. §. 1. eod.*

(y) *d. l. 8. pr. l. fistulas*, 78. *§. ult. eod.*

(a) *d. l. 8. l. 12. de cont. empt.* nam & viceversa si decuplo plus capiatur, quam pretium constitutum, emptoris id commodum erit.

(b) *l. 2. §. 1. h. tit. Inst. eod. in fin. pr.* Hinc licet donationis causa res minoris vendi, præterquam conjugi a conjuge, possit; in universum tamen pretium condonari nequit, *l. 36. & l. 38. eod.* sed & si dicis causa res uno nummo veneat, æque nulla est emptio. *arg. l. 46. loc. l. 16. de R J.*

In eo duo necessaria; primum, ut pretium consistat in pecunia numerata; alioqui si res pro re detur (*c*), permutatio est; alterum, ut sit certum, vel jam ab initio expressa quantitate, vel in personam, aut rem (*d*) certam ita collatum, ut postea certum fiat, ut quanti ille emerit, quantum in arca habeo, quanti Titius æstimaverit. Quid autem si Titius multo pluris, aut minoris rem æstimaverit, quam valet? Adhuc dicendum est valere (*e*) contractum. Sane si arbitrium Titii tam pravum est, ut manifesta ejus iniquitas appareat, ad boni viri (*f*) arbitrium redigi debet. Quod si pretium collatum sit in arbitrium unius ex contrahentibus, non idem probandum est, ne in potestate sit emptoris utrum debeat, an non debeat (*g*).

Finis dandi, tradendique hic, ut nummi venditoris fiant statim; res vero ita emptoris efficiatur, si venditor dominus fuit; si non fuit, tantum evictionis nomine (*h*) obligetur. His rebus intervenientibus, jam solus consensus obligationem perficit, quamvis nec res tradita sit, nec pretium numeratum, nec arrha intervenerit; nam quod arrhæ nomine datur (*i*), argumentum tantum est emptionis, & venditionis contractæ, nisi tamen scripto fieri emptionem placuerit: tunc enim nonnisi perfecto rite instrumento, rata habetur, præterquam ad hoc, ut emptor consilium mutatis arrhas datas amittat, venditor duplicatas restituat (*k*).

CAPUT XV.

Quæ sint præstationes in emptione, & venditione pro natura, & potestate ejus judicii.

Habemus speciem contractus Obligationem, & in hac quæ sint præstationes pro natura, & potestate hujus judicii videamus. Constat, in hoc contractu duos obligari; venditorem emptori, & emptorem venditori. Eorum, quæ a venditore pro natura obligationis præstantur, tria sunt genera; quædam enim sunt in ipsa re, quædam in commodis rei, quædam in stipulationibus a venditore exigendis ad securitatem emptoris. In primo genere sunt hæ præstationes quatuor: ut rem tradat, ut traditam emptori habere liceat; ut habeat incorruptam, & ab omni onere liberam; ut quidquid venditor de re dixerit, etiamsi pactus non sit, id præstet. Primum hujus obligationis caput est, ut venditor rem (*l*) tradat.

Tradere non est simpliciter de manu in manum tradere, seu deducere emptorem in nudam rei detentionem, sed tradere rei possessionem vacuam, idest liberam ab (*m*) omnibus aliis possessoribus, & detentoribus justis. Quod si res, antequam tradatur, sine dolo, aut culpa venditoris perierit; aut deterior facta sit, emptoris periculum esse placet.

Secundum est, ut ita tradat, ut eam retinere, & habere emptor perpetuo possit, ne scilicet (*n*) evincatur aut a domino, aut jure pignoris a creditore. Evincere, est rem jure, judicioque auferre. Ut ergo emptor regressum habeat adversus venditorem ob evictionem;

(*c*) §. 2. *Instit. l.* 1. *ff. eod. l.* 1. *de rer. perm.* Ceterum pretio ab initio in pecunia numerata constituto, volenti deinde emptori etiam alia res in solutum dari potest, contractu non mutato. *l.* 9. *C. de resc. vend.* quippe circa formam, & distinctionem contractuum initium, non exitum spectamus. *l.* 1. §. *idem*, 13. *depos.* Schneid. in *d.* §. 2.

(*d*) §. 1. *Inst. l.* 7. §. *pen. l.* 37. *ff. ult. C. eod.* Non idem est, si generaliter permissum sit arbitrio alieno, nam tum æque incer tum manet. *l.* 25. *loc.*

(*e*) *d. l. ult.* quod & de mercede alieno arbitrio permissa scriptum est in *d. l.* 25.

(*f*) *Arg. l.* 70. *pro soc.* plura de hoc arbitrio, qui desiderat, adeat Don. ad *l.* 43. *de V. O.*

(*g*) *l.* 35. §. 1. *ff. l.* 13. §. *eod. l.* 2. §. 5. *quod cert. loc.* Pin. *part.* 2. *de resc. vend. c.* 1. *n.* 6. Gom. 2. *res.* 2. *c.* 2. *n.* 19.

(*h*) *l.* 11. §. 2. *de act. empt.* Huic ergo fini duæ conventiones contrariæ; una est, si id agatur, ne dominium transeat. *l. pen.* §. *ult. hoc tit.* nec obstat, quod emptio rei alienæ consistit. *l.* 28. *eod.* spes enim est eam acquiri posse: at ista spe prorsus adempta, emptio intelligi non potest. Altera est, si tibi dedi pecuniam, ut mihi Stichum dares, idest meum faceres. Hic nulla alia obligatio contrahitur, quam ob rem dati. *l. ult. de cond. cau. dat.* add. Cujac. 23. *obs.* 25.

(*i*) *l.* 35. *ff. de contr. empt. pr. Inst. eod.* Illud tamen certum est, quod arrharum nomine in pecunia numerata datur; si postea impleatur contractus, in pretium imputari. *ult. de leg. com.* Cujac. 11. *obs.* 17.

(*k*) *d. pr. Inst. l. contractus*, 17. *C. de fid. instr.* Quæsitum, an idem probandum in emptione contracta sine scriptura? & certa est juris sententia, ab obligatione semel contracta invito adversario recedere non licere. *l.* 5. *C. de O. & A.* Hanc sententiam non modo non mutat arrharum interventus, sed etiam magis confirmat *d. l.* 35. Quid quod ab emptione semel perfecta venditori recedere non licet, quamvis duplum pretium offerat. *l.* 6. *C. de res. vend.* non movet utrimque emptionis in hac re comparatio in *d. pr.* ea enim ut bona sit, necesse est, de utroque contractu nondum perfecto accipiatur VVesemb. in *par. n.* 9. plenius Don. ad *d. l.* 17. in contrariam tamen sententiam crebrius itum est, quam etiam probat Fach. 2. *cont.* 28.

(*l*) *l.* 11. §. 2. *de act. empt.* si recuset tradere, licebit emptori agere in id, quod interest. *d. l.* 11. §. *idem ait*, 9. quid autem si rem habere emptor malit, tenebitur ne venditor, ut eam præcise præstet? Dicam *inf. c.* 45.

(*m*) *l.* 2. *l.* 3. §. 1. *de act. emp.* quod explicabitur paulo inferius, ut & quod sequitur.

(*n*) Indicatur hoc caput præstationis in *l.* 66. *de cont. empt. l.* 8. *de evict. l.* 11. §. 2. *de act. emp.* & tradendi verbo quoque continetur. *d. l.* 3. *pr.* quippe quod non nudum factum, sed causam bonorum continet. *l.* 51. §. 1. *de V. O.*

nem; tribus in caussis est positum. Primum, ut res sit ablata emptori, præcisa spe omni ejus habendæ, retinendæve; quamdiu autem ablata non erit, cessat ob evictionem (o) actio. Secundo, ut sit ablata judicio; proinde, si quocumque alio modo eam emptor amiserit, venditor non (p) tenebitur. Tertio, ut res evincatur jure actoris, vel quia ab initio aliena fuit, vel quia alii pignori (q) obligata. Sed etsi res judicio evicta erit, tamen evictio venditori non nocebit, si aut culpa emptoris, aut injuria Judicis, dolo, aut imperitia male judicantis caussam evictioni (r) præbuerit. Culpa emptoris triplex: si lite mota auctorem suum (s) laudare neglexerit; si absente auctore ipse ad (t) agendum causam non adfuerit; si exceptione ex facto suo sit (u) remotus. His sublatis, si res aut tota, aut pro parte evicta sit, datur emptori actio ex empto ob evictionem in id, quod ejus (x) interest, nisi forte id (y) actum est, ne venditor de evictione teneretur, aut si emptor rem alienam esse non (z) ignorans, de evictione sibi non caverit. Sane quidem si aperte in emptione comprehendatur, nihil evictionis nomine præstitum iri, utilitas non debebitur, re evicta, sed tamen pretium restituendum est emptori, neque enim bonæ fidei contractus hac patimur conventione, ut emptor rem amittat, & pretium venditor retineat †.

Tertium caput præstationum hujus generis est, ut res tradatur incorrupta, atque ab omni onere, & incommodo libera, quoad ejus ex bona fide fieri oportet. Hujus generis incommoda sunt quatuor: morbi, vitia, servitutes, tributa; non una autem horum omnium obligatio est. De morbis, & vitiis rerum cavetur edicto Ædilium, ut venditor, nisi quæ (a) justæ causæ dissuadeant, eorum nomine etiam ignorans teneatur (b) tribus his actionibus, ad redhibendum; quanto minoris interdum, & quanti emptoris interest. Redhibere est facere, ut (c) rursus habeat venditor, quod habuerit. Actionis redhibitoriæ duæ sunt partes: prior attingit emptorem, a quo exigitur primo, ut rem venditam, quam accepit, nec sua, nec suorum culpa deteriorem factam redhibeat, si quid ex ea post venditionem natum, adquisitum fuerit, sive quid in venditione accesserit, ea omnia (d) restituat. Altera pars posita in præstatione venditoris hanc obligationem habet, ut venditor superioribus rebus receptis, aut oblatis, restituat emptori pretium, & eum liberet, item ea omnia, quæ ex lege venditionis emptor additamenti caussa præstitit (e) venditori. Illud in universum sciendum est, actioni redhibitoriæ locum non esse, nisi tale sit vitium, quod usum rei (f) impediat, & quamvis rei persecutionem contineat, tamen ultra sex (g) menses, quibus de ea re experiundi potestas fuit, non dari. Actio quanto minoris competit intra annum (h) utilem, non ad hoc, ut emptio rescindatur, sed ut quanto minoris propter vitium res fuit, cum emeretur, tantum restituatur emptori. Neutra igitur harum actionum pretium rei, aut æstimationem egreditur. Si tamen venditor sciens vitium reticuit, & emptorem decepit, ex hac caussa placet eum omnia detrimenta, quæ emptor ex emptione traxerit (i), præstare; idem est, si ignoravit quidem venditor vitium, sed rem sanam

(o) *l. 35. & l. 75. de evict. l. antep. eod.* Utique si quis sciens alienum vendidit, tenebitur judicio empti ob dolum. *l. 6. in fin. d. leg. 11. §. denique, 15. de act. empt.*

(p) *l. 24. de evict.* junct. *l. 12. l. 25. l. ult. ff. l. 17. Cod. eod.*

(q) *l. 15. C. l. Herennius, 63. §. 1. ff. tit.*

(r) Nam quod de permutatione dicitur in *l. 1. C. de rer. perm.* ad emptionem vel magis pertinet ad *d. l. si per. 51. de evict.* adjiciunt & tertium, publicationem fundi; sed fundo publicato hactenus saltem tenetur venditor, ut pretium restituat. *l. 33. locat.*

(s) Idest, venditorem interpellare, eique denunciare, ut ad agendum adsit; fundare enim significat prisca lingua nominare, appellareque. Gell. 2. c. 6. Fest. in voce *laudare*.

(t) Et tam propriis, quam venditoris defensionibus utatur. *l. emptori, 28. C. de evict.* alioqui magis propter absentiam victus videbitur, quam quod malam caussam habuit, *l. si ideo, 55. ff. l. 8. C. eod.*

(u) *l. hoc jure, 27. ff. eod.* siquidem factum cuique suum non adversario nocere debet. *leg. 155. de R. I.*

(x) *l. evictare, 70. de evict.* Quid eo contineatur, intelligi poterit ex *l. 8. eod. & l. 1. de act. empt.*

(y) Aut aperte, aut tacite. Exemp. in *l. 11. §. sententiam, 16. d. tit. l. 8. in fin. de cont. empt.*

(z) *l. si fundum, 27. C. de evict.* nam qui id facit, non a venditore decipitur, sed a se.

† *d. l. 11. §. ult.* Hoc amplius, si quis sciens rem alienam vendat, nihil ei proderit hæc conventio. *l. 1. in fin. l. 6. §. ult. ff. de act. empt.*

(a) Puta si venditor emptorem palam monuerit, aut si vitium sit evidens. *l. 1. §. 1. & §. 6. de ædil. edict.* aut si venditor vitium ignorans nominatim caverit, ne eo nomine teneretur. *l. 14. §. pen. eod.* Fiscus quoque edictum ædilium non patitur. *d. l. 1. §. 3.* nec simplariarum venditionum causa redhibitio est. *l. si hominem, 48. §. ult. eod.*

(b) Aut certe una actione exemplo trium harum rerum gratia.

(c) Et redhibitio appellata est quasi redditio. *l. 21. eod.*

(d) *d. l. 1. §. 1. d. l. 21. §. pen. l. 23. §. ult. eod.* adde & cautiones de rebus restitutis, se nihil dolo malo fecisse; & de his, quæ nondum pervenerant, se, si postea ad eum pervenerint, restituturum. *d. l. 21. §. 1. & deinceps. l. 30. eod.*

(e) *l. ædiles. §. penult. & ult. l. redhibitoria, 45. eod.* quo loco quod dicitur, actionem redhibitoriam duplicem habere condemnationem, sic accipiendum est, habere aliquando condemnationem duarum rerum nomine, unam de pretio, & accessione, alteram de non præstita liberatione.

(f) Vid. *l. 1. §. pen. & ult. de ædil. edict.*

(g) *l. sciendum, 19. §. ult. l. ædiles ajunt, 38. eod.*

(h) *d. l. 19. §. ult. d. l. 38. eod.* Judicium hoc æstimatorium dictum est, propterea quod in eo de justa rei æstimatione agitur. *l. 18. eod.*

(i) *l. 13. pr. l. 6. §. ult. de act. empt. l. ea quæ, 41. §. ult. de cont. empt.*

sanam esse (*k*) temere adseveravit. De vitiis animi redhibitoria, aut quanto minoris non (*l*) datur, præterquam de iis, quæ edicto ædilitio nominatim comprehensa sunt. De servitutibus, & tributis, quia hæc opera usum rei non impediunt, hoc observatur, ut si venditor ea ignoravit, eo nomine non (*m*) teneatur; si scivit, nec emptorem admonuit, teneatur (*n*) ex empto quanto minoris. Quartum caput est, ut quæcumque venditor de re dixerit (*o*) affirmaverit, ea (*p*) præstet, excepto, si quid dixerit in (*q*) genere commendandi gratia dumtaxat, aut si id, quod dixit, palam appareat, utrum ita se habeat, nec ne (*r*).

Secundum genus præstationis est in commodis rei venditæ. Emptione (*ſ*) perfecta (quod fit simulatque de pretio convenerit, cum sine scriptura res agitur, & pure emptio contracta est) placuit, omne periculum rei venditæ statim (*t*) ad emptorem pertinere, & propter periculum etiam omne commodum, secundum regulam juris. In commodis duo sunt, quæ venditor emptori præstare debet; diligentiam in re custodienda talem, qualem bonus (*u*) paterfam. suis rebus adhibet, item fructuum, & accessionum, quæ ad eum pervenerunt, aut pervenire potuerunt, restitutionem (*x*).

Tertium genus harum præstationum positum est in stipulationibus, & (*y*) cautionibus a venditore exigendis. Cautiones hujus generis tres: prima, qua cavetur emptori, ut ei rem habere liceat (*z*): altera stipulatio, & repromissio duplæ, ut si res evincatur †, duplam quantitatem pretii restituat. Sed hæc cautio in (*a*) simplariis venditionibus non habet locum. Tertia est, qua promittit venditor, rem morbosam, aut vitiosam non esse; qua interposita, si res morbosa, aut vitiosa fuit, incipit venditor etiam (*b*) ignorans teneri in id, quod interest emptoris. Atque harum omnium rerum nomine, si sponte a venditore non præstentur, constituta est emptori actio, quæ a persona ejus appellatur ex empto.

Quæ emptor venditori judicio empti vice mutua præstare debet, tria sunt, quorum nomine & venditori actio prodita, quæ vocatur ex vendito. Primum est pretium. Hujus obligationis præstatio talis est, ut emptor nummos, quos pretii nomine pro re vendita præstat, cogatur facere (*c*) accipientis. At enim diximus eum, qui vendidit, necesse non habere, rem venditam emptoris facere. Cur tam varie in mutuis ejusdem judicii præstationibus? nimirum ne usus hujus contractus impediretur; nam etsi venditor non præcise obligatur ad dominium rei venditæ in emptorem transferendum, tantumdem tamen consequitur emptor tradita rei vacua possessione, & evictione re evicta præstita. At pretii, quod in pecunia numerata consistit, nullus est usus, nisi (*d*) accipientis fiat. Adde quod pretium non in specie, sed in genere constituitur; constat autem, generis debitores omnes non liberari, nisi rem ex eo genere perfecte faciant (*e*) acci-

---

(*k*) *d. l.* 13. §. 3. *d. l.* 43. *in pr.* Sin ignorans vitium nihil affirmavit, adhuc quidem tenebitur superioribus actionibus, in id autem, quod interest, non tenebitur *dd. loc.* atqui qui rem alienam ignorans vendidit, semper tenetur in id, quod interest. *l.* 8. *de evict.* nimirum id semper agitur venditione, ut rem habere liceat.

(*l*) Adversus ignorantes. *d. l.* 1. §. *pen.* & *ult. l.* 4. §. 3. & *seq. de æd. ed.*

(*m*) *l. sterilis.* 21. §. 1. *de act. empt.* Recte igitur facturus est emptor, si de his in re gerenda sibi caveat.

(*n*) Non etiam ad redhibendum. *l.* 1. §. 1. *d. l.* 21. §. 1. *l. quæro*, 39. *l. in vendition.* 41. *de act. empt.* & cum hac distinctione accipienda est. *l. quoties*, 61. *de æd. ed.*

(*o*) Sive sciens, sive ignorans. *l.* 5. *in pr. l.* 13. §. 3. *de act. empt.*

(*p*) Teneturque eo nomine triplici actione; redhibitoria, æstimatoria. *l.* 18. *de æd. ed.* item in id, quod interest. *d. l.* 13. §. 3.

(*q*) Puta servum esse frugi, equum bonum. *l.* 19. *de æd. ed.*

(*r*) Quippe ædilibus hoc unum propositum fuit, ne emptores deciperentur; exempl. in *l. ea, quæ*, 43. *de cont. empt.*

(*ſ*) Tribus modis emptio dicitur perfecta; uno, ratione obligationis, ut hic: altero, traditione secuta: tertio, quoad periculum. Sic emptio earum rerum, quæ pondere, numero, mensura constant, si in singulas amphoras, modios, &c. pretium sit statutum, statim quidem perfecta dicitur emptio, quoad obligationem, sed non ante periculum emptoris est, quam admensæ, appensæ, adnumeratæ sunt. *l.* 35. §. 5. *de cont. empt.*

(*t*) Hoc etsi aperte traditum est in §. 3. *Inst. de empt.* & certissimis regulis juris efficitur. *l.* 5. §. 2. *comm. l.* 23. *de R. J. l.* 6. C. *de pign. act.* tamen Cujacius in contrarium traxit *l.* 33. *locat.* ad quam nos respondemus, æquum esse, ut fundo ante traditionem publicato, saltem pretium venditor restituat, quia non omnino extra culpam est. vid. tamen Ant. Fab. 2. *conj.* 4.

(*u*) *l.* 2. §. 1. *l.* 3. *l.* 11. & *du. seqq. de per.* & *com. rei vend. d. l.* 5. §. 2. *d. l.* 23.

(*x*) *l.* 7. *ff. l.* 1. C. *de per.* & *com. l.* 8. *ff. de ædit. ed. l.* 13. §. *si fructibus*, 10. & *passim. de act. empt.*

(*y*) Quo verbo nuda repromissio intelligitur. *l.* 4. *l.* 37. *de evict. l.* 11. §. 8. *de act. empt. l.* 3. C. *de V. S.* satisdatio tamen exigitur, si dominii quæstione mota, venditor pretium petat. *l. ult.* §. 1. *de per.* & *com.* Etiam ex consuetudine hujus regionis plerisque in locis nonnisi satisdato de evictione caveri solet.

(*z*) *d. l.* 11. *d.* §. 8. *de act. empt. l.* 2. *de evict.*

† *l.* 2. *l.* 37. *de evict.* Quæ ad pretium conventum refertur, non ad id, quanti res vere est. *l. si fundo*, 53. *eod.* Sequimur autem consuetudinem ejus regionis, in qua negotium gestum est. *l.* 6. *eod.* Apud nos repromissio duplæ non est in usu.

(*a*) Simplariæ res dictæ sunt ab antiquis, quæ nullius prope pretii essent, quarum evictarum nomine nunquam nisi simpla deberetur. *d. l.* 37. *in pr.* & §. 1.

(*b*) *l. itaque*, 32. *de ædil. ed. l.* 11. §. 4. *l.* 13. *in pr.* & §. 3. *de act. empt.*

(*c*) Hoc enim diserte traditur in *d. l.* 11. §. 2.

(*d*) Hanc discriminis rationem reddit Vesemb. *in paratit. de act. empt. n.* 7. aliam Ant. Fab. 6. *conj.* 9. aliam DD. communiter.

(*e*) *l.* 45. §. 1. *de legat.* 1. *l.* 29. §. *ult. de leg.* 3. *l. hæres servum*, 58. *de evict.*

accipientis: quod & in (f) venditore crediderim admittendum. Secundo restituere emptorem oportet ea omnia, quae occasione venditionis ad eum (g) pervenerunt; ut, servo vendito, peculium, fructus, quos ante venditionem contractam perceptos simul cum re sibi sumpsit. Postremum est, ut emptor restituat sumptus, quos (h) ante traditionem venditor (i) bona fide in rem distractam erogavit.

CAPUT XVI.

De locatione, & venditione.

EMptioni, & venditioni proxima est locatio, & conductio (k). Est enim & ipsa contractus, mutuae praestationis, cum pro usu rei, aut opera nostra pecunia datur, aut cum de iis mutuo praestandis convenit. Locatio igitur aut rerum est, aut factorum. Res omnes, quibus utimur, locationem recipiunt. In quo genere haec factorum, rerumque certa, & constans distinctio est. Qui rem utendam dat, certa pecunia constituta, is locator, ejusque factum locatio; qui utendam accipit, conducere dicitur; unde conductor generale quidem nomen in omnibus rebus: at in rebus immobilibus aedium conductor specialiter, inquilinus fundi (l) colonus appellatur. Pecunia, quae datur, generaliter merces, in rebus immobilibus specialiter (m) pensio dicta est. Facta non (n) omnia in ea causa sunt, ut locari possint. De his ita statuendum; quod factum quis nostro nomine exercet in re, aut (o) persona nostra, id tale est, ut locari possit: & si certa mercede ab initio constituta exercebitur, omnino locatio erit conductio; sin autem exercebitur in re aliena, aut (p) emptio erit, aut contractus innominati genus. In hoc autem genere locationis nomina factorum, & personarum varie mutantur, prout quisque aut nostra, aut sua impensa faciendum quid suscepit; priore enim casu, qui operam praestat, locare; nos, qui pecuniam damus, eam operam (q) conducere dicimur; posteriore autem casu invertitur factorum, & rerum appellatio, siquidem ille, qui mercedem accipit, dicitur opus faciendum conducere; uno verbo † redimere; nos, a quibus merces proficiscitur, locare illi opus (r) faciendum.

Ceterum cujusmodicumque locatio sit, ex iis, quae dicta sunt, satis liquet, ad perficiendam locationem tria desiderari; rem, opus ve certum, certam mercedem, consensum de iis mutuo praestandis. Quae omnia iisdem fere regulis juris, quibus emptio, & venditio (s) continentur. Nam ut sine re nulla est emptio, ita nec ulla (t) locatio, & conductio. Per rem intelligimus tum usum rei, tum operae praestationem. In mercede itidem illa duo, quae in pretio, spectanda; ut consistat in pecunia (u) numerata, ut certa ab initio constituatur, aut si alieno arbitrio permissa fuerit, eadem (x) distinctio servetur, quae in pretio in arbitrium alterius collato. Sed & dandi, accipiendique finis pene idem, nempe ut ab una parte praestetur usus rei, vel operae, ab altera detur pecunia. Unum maxime dissimile, quod res vendita tradatur emptori, ut perpetuo apud eum sit, locata ad tempus tantum; neque enim

(f) Videlicet si in genere vendidit decem, puta boves, aut equos.

(g) Cum jure emptionis ad eum non pertinerent. *l. quoties, 29. & duob. seqq. de contr. empt. l. 2. Cod. de empt.*

(h) Post contractam tamen venditionem. *l. penult. Cod. de act. empt. l. 13. §. praeterea. 22. ff. eod.*

(i) Igitur necessarios tantum, & utiles, seu quos verisimile est, etiam emptorem voluisse impendi. *dict. §. 22.*

(k) *l. 5. §. 2. de praesc. verb. l. 2. ff. locat. Inst. de loc. & cond. in pr.*

(l) *l. 15. §. 2. l. 19. §. 2. & 4. l. si merces, 25. §. 3. ff. eod. l. re pignoris, 37. de acq. poss.*

(m) *d. l. 15. §. 4. d. l. 19. §. 1. & 6. l. quaero, 54. hoc tit. Inst. in pr. eod.*

(n) Id indicat Paul. in *d. l. 5. §. 2.* in verbis, *si tale sit factum, quod locari solet.*

(o) In re nostra, veluti si convenerit, ut tabulam meam pingas, in area meam insulam aedifices, ex auro meo annulum conficias. *l. 20. l. convenit, 65. de cont. empt. l. 2. in fin. ff. §. 4. Inst. hoc tit.* In persona nostra, veluti si dem nautae, aut aurigae, ut me vehat, *d. l. 19. §. 7.*

(p) Emptio, quoties substantia rei traditae proficiscitur ab eo, qui eam tradit. *d. l. 20. & d. l. convenit. 65.* Contractus innominati genus, veluti si tibi dem pecuniam, ut Stichum manumittas, aut ut Romam eas. *d. l. 5. §. 2. de praescr. verb. l. 5. in princ. de cond. ob caus. dat.*

(q) Cum praeter operam nihil admodum confertur. *d. l. 19. §. pen. hoc tit.*

† Propterea quod suo sumptu opus faciendum suscipit. *l. ea lege, 51. §. ult. l. cum in plures, 60. §. 3. eod.*

(r) *d. l. 19. §. 7. l. 25. §. 7. eod. l. 1. §. 1. de praescr. verbor.*

(s) *l. 2. hoc tit.* Quibus autem in rebus discrepent, ut notat Vult. ad *pr. Inst. eod.* & Mozz. *C. de loc.*

(t) Atque ut emptio ita contrahitur, si de pretio convenerit, sic locatio, si merces constituta sit. *l. 2. eod.* Mercede ab initio non constituta, actio praescriptis verbis datur. *§. 1. Inst. eod.* Donationis quoque causa non magis locatio, quam emptio contrahi potest. *l. 20. §. 1. l. si quis, 46. ff. eod.*

(u) *l. 5. §. 2. de praescr. verb. l. 25. §. 6. hoc tit.* Voluerunt nimirum J. C. locationem habere certam, & distinctam a contractibus innom. naturam; receptum tamen ex aequitate, & communi contrahentium usu in locatione rei fructum ferentis, ut certa quantitas fructuum pro mercede solvi possit. *l. 21. C. eod.* ac tales coloni haud absimiles sunt colonis partiariis, excepto eo, quod coloni partiarii incertam quantitatem, puta tertiam, aut quartam partem fructuum solvunt. Ita novissime haec explicat Bachov. in *not. ad Treutl. disp. de locat. thes. 3.*

(x) *§. 1. Instit. l. merces. 25. in pr. ff. eod. Vid. cap. 14. sup.*

enim solet locatio dominium (*y*) mutare. Postremo sicut emptio, ita quoque locatio (*z*) solo utriusque consensu de re, & mercede interveniente perficitur.

CAPUT XVII.

Quæ sint locati, & conducti præstationes jure, & potestate judicii, tum quæ eo nomine actiones.

Ut in emptione, & venditione; sic in locatione, & conductione vi, & potestate judicii insunt quædam mutuæ præstationes, quarum nomine utrinque competit actio; locatori ex locato, conductori ex conducto. A locatore duo summa præstanda: unum, ut conductori uti frui liceat; alterum, ut indemnis ei sit locatio. Prioris capitis tres sunt præstationes: prima est possessionis, sive (*a*) detentionis rei locatæ; altera est usus, ad quem res (*b*) parata est, proinde si possessio aut totius rei, aut partis non (*c*) præstetur, aut villa, ædesve non (*d*) reficiantur ad usum legitimum conductori conservandum, actio ei ex conducto competit: tertio & fructus omnis, non solum, qui ex re (*e*) nascitur, sed & qui (*f*) jure percipitur, conductori præstandus. Usque adeo autem placuit fructus conductori præstandos, ut si fructus vi majore supra modum læsi fuerint, aut si tam sterilis annus fuerit, ut nullos fructus supra quantitatem seminis percipere conductor potuerit, præstanda ei sit mercedis (*g*) remissio, nisi damnum sterilitatis cum aliorum annorum ubertate pensare valeat. Si hæc conductori non præstentur, si quidem culpa locatoris, tenetur eo nomine ex conducto in id omne, quod conductoris (*h*) interest, uti frui licere: sin casu, & vi externa, ad exonerationem mercedis, aut præerogatæ (*i*) restitutionem tantum, præterquam si res (*k*) evicta sit. Præter hanc actionem, quæ est in personam adversus locatorem, ejusve hæredem, nulla (*l*) alia de re retinenda, persequendave conductori prodita.

Alterum caput pertinet ad indemnitatem conductori. Hæc obligatio in quinque his rebus versatur. Primo in præstatione damni a † re conducta contingentis, si modo ex ea causa contigerit, propter quam conductori re conducta frui non licuit; ut si vinum effusum sit ex dolio vitioso, pecora demortua ob herbam malam (*m*) saltus pascui. Secundo, ut locator cedat conductori (*n*) actiones ad rem locatam sine facto ejus deperditam, aut fructus furto sublatos recuperandum. Tertio, ut mercedem prærogatam (*o*) restituat, ubi frui conductori non licebit. Quarto, ut finita locatione libera sit, & indemnis rerum (*p*) illarum elatio. Postremo, ut quidquid (*q*) utiliter, in rem locatam impensum est, id hoc judicio restituatur conductori.

Hæc

(*y*) *l. non solet*, 39. *eod.* DD. tamen vulgo existimant, locationem ad tempus non modicum factam transferre jus aliquod in rem, sive utile dominium; quod verum non esse ostendit Connan. 7. *comm.* 12. per *l.* 2. Cod *de præscr. triginta ann.* Et vero initium uniuscujusque contractus, & causa spectanda est. *l.* 8. *mand.* VVesemb. in *parat. hic n.* 8.

(*z*) *l.* 1. *&* 4. *ff. Instit. in pr. eod.* Apud nos nulli colono jus est agro conducto frui absque instrumento locationis. Extat ea de re constitutio Carolini Principis, edita anno 1515.

(*a*) Possessionis nimirum naturalis, non veræ, quæ personæ conductoris non convenit. *d. l.* 15. *in pr. ff. eod.* junct. *l.* 31. §. 1. *in fin. de usuc.*

(*b*) Ut ædes ad inhabitandum, saltus pascui ad pascendum.

(*c*) Sive culpa locatoris, sive vi aliqua externa. *l.* 9. *in pr. l.* 34. *l.* 35. *ff. locat.* Plane si locator paratus sit aliam habitationem non minus commodam præstare, æquissimum est eum absolvi. *d. l.* 9. *in pr. l. cum. in plures*, 60. *eod.*

(*d*) *d. l.* 15. *d. l.* 60. add. tamen *l.* 27. *& seqq. eod.* ostia fenestræ non restituantur. l. 25. §. 2. instrumenta fundi non præstentur. *l.* 19. §. 2. *eod.*

(*e*) *L. exceptio*, 11. C. *eod.*

(*f*) Ut mercedes locationis secundæ: neque enim prohibetur quisquam rem, quam conduxit, alii fruendam locare, si nihil convenit. *l.* 7. *& seq. ff. eod.*

(*g*) *d. l.* 15. §. 2. *&* 7. junct. *d. l.* 25. §. *vis major*. *l.* 8. C. *eod.* Hæc tamen ad colonos partiarios non pertinet, qui quasi societatis jure damnum, & lucrum cum domino partiuntur. *d.* §. *vis major.*

(*h*) *l.* 8. *d. l.* 15. §. *pen.* in quo & damni, quod contigit, & lucri, quod conductor facere potuit, ratio habetur, sicut in ceteris causis. l. 33. *in fin. eod.* Damni exempla in *l.* 9. §. *pr. d. l.* 19. §. 1. lucri in *d. l.* 7. *& seq.* *l.* 30. *eod.* Hæc tamen ita, nisi justæ causæ sint, ob quas liceat conductori rem avocare, quo casu ad remissionem mercedis tenetur dumtaxat. *l.* 3. *Cod. l.* 54. §. 1. *ff. eodem.*

(*i*) Siquidem iniquum esset pro usu mercedem dare, ubi usus non præstatur. *dict. l.* 9. §. 1. *d. l.* 15. §. *antep. d. l.* 33.

(*k*) Tum enim nihilominus tenetur ex conducto ei, qui conduxit, ut ei præstetur frui, quod conduxit, licere. *d. l.* 9. *in pr.* quo significatur, si id non præstetur, agi in id, quod interest. Excipe casum notatum *lit.* C.

(*l*) Non vindicatio, quia non est dominus. *l.* 39. *eod.* non interdictum unde vi, quia solus dominus videtur dejectus. *l.* 12. *l.* 18. *l. ult. ff. unde vi*. non retentio adversus locatorem, qui eum expellat; sed est expulso actio in id, quod interest, aut ad pœnam, *l.* 54. §. 1. *ff. hoc tit.* sed nec adversus emptorem, qui rem constante locatione emit, nisi ea lege emit, ut in conductione maneret. *l.* 9. C. *eod.* Quod si nihilominus ejiciatur, aget ex conducto adversus locatorem; locator vicissim actione ex vendito recipiet quod conductori præstitit. *l.* 25. §. 1. *ff. eod.* Ceterum consuetudine hujus Provinciæ jus illud expellendi conductorem, de quo in *d. l.* 54. §. 1. *& d. l.* 9. *Cod. hoc tit.* antiquatum est, & dici solet *Hour gaat voor koop.*

† Non item extrinsecus, licet in re; exemp. in *l.* 55. *l.* 60. §. 1. *eod.*

(*m*) Quæ damna præstanda secundum distinctionem. *l.* 19. §. 1. *eod.*

(*n*) Vindicationem scilicet, & condictionem furtivam. *d. l.* 60. §. 1. *&* 5.

(*o*) *d. l.* 19. §. *si quis*, 6. *l.* 33. *eod.*

(*p*) Etiam ædibus cohærentium. *d. l.* 19. §. *si inquilinus*, 4. *& seq.*

(*q*) Multoque magis si necessario. Exempl. in *l. domus*, 55. §. 1. *l. pen. in pr. eod.*

Hæc de locatore. Conductori quatuor imponuntur. Primum est exacta in re custodienda diligentia, quam si præstiterit, & aliquo (*r*) casu fortuito res perierit, securus est. Alterum est rei recte habendæ cura ut opera rustica suo quoque tempore (*s*) faciat, villas incorruptas habeat. Tertium est, ut pensiones suo quasque tempore (*t*) solvat. Quod si curam, colturamve rei neglexerit, aut pensionum solutionem omiserit, expelli domo, aut fundo a locatore impune potest. Quid si conductor habitationem, aut fundum ante tempus deseruit? nihilominus statim cum eo agi potest, idque in omnes ejus temporis pensiones, quo conduxit. Quartum est, ut conductor finita locatione rem una cum accessionibus (*u*) restituat locatori. Quid igitur, si res perierit, aut deterior facta sit dolo, aut culpa conductoris, aut casu quodam, cui culpa ejus causam dedit? tenebitur nihilominus, non secus ac si res (*x*) extaret; ob dolum, aut contumaciam non restituentis etiam jurabitur in litem (*y*).

Eadem fere sunt in locatione operarum. Qui operas locat, eas tamquam rem fruendam præstare debet; non præstitis, vertitur id, (*z*) quod interest. Vicissim, qui operam conduxit, mercedem debet, si opera præstita est; sed etsi præstita non est, modo per conductorem steterit, quominus præstaretur, placet nihilominus integram mercedem præstari. Diversum est, si id casu, aut culpa locatoris (*a*) factum est. Eadem prope per omnia observantur, cum aliquid faciendum locatur; puta vehendum aurigæ, artifici, sartori faciendum, aut sarciendum, aut etiam opus aliquod, puta insulam ædificandam. De rebus illis commissis eadem obligatio, ac si eas (*b*) conduxissent, ut eadem cura servandæ, recteque habendæ rei adhibeatur, easdemque, quas acceperunt, restituant. Si tamen res ita data sit, ut non eadem species, sed res ejusdem generis restituatur, veluti si aurum artifici dedero, ut annulum mihi faciat, ex hac causa & periculum rei suscipitur, quocumque casu perierit, quasi in creditum itum (*c*) sit. De periculo operis facti quæsitum, si forte opus cœptum, aut factum intercideri, priusquam probaretur ab eo, qui locavit. Interesse crediderim, utrum qui opus locavit, ita locaverit, ut in singulorum dierum operas mercede constituta vellet opus suo (*d*) arbitrio fieri; an vero locaverit opus (*e*) aversiones; ut priore casu locatoris omne periculum sit: posteriore, si opus culpa facientis, seu vitio operis perierit, periculum sit ejus, qui faciendum suscepit; sit vi majore, ejus, qui locavit, nisi nominatim aliud actum est (*f*).

CAPUT XVIII.

De mandato, quæ in eo mutuæ obligationes, præstationesque.

Tertium locum inter species contractuum, qui solo consensu constant, mandato assignavimus. Mandatum (*g*) contrahitur, cum quis quid sibi gratis gerendum suscipit. Id aut verbis fit, aut re, & tacite. Verbis (*h*) quibuscumque, ex quibus mandatum intelligatur. Re, & tacite mandare videor, veluti si sim passus aliquem pro me (*i*) fidejubere. Mandare non est quovis modo committere, sed committere aliquid gerendum, ut, aut mihi fundum emas, negotia mea geras; proinde, qui amicum commendat, non tam mandare, quam (*k*) laudare intelligitur. Sed, etsi quid gerendum committitur, nondum tamen mandatum est, nisi gratis (*l*) suscipiatur; mercede intervenien-

(*r*) §. *pen. Inst. l. in judicio*, 28. C. *l.* 25. §. 4. 5. 7. ff. *eod. l.* 23. *de reg. jur.* An incendium, & quando a conductore præstetur, vid. Gail. 2. *obs.* 22. Clar. in *prax. crim. quæst.* 68.

(*s*) *d. l.* 25. §. 3. *eod.* Ut in domo locata recte versetur, ex honesta non faciat cauponam. *l.* 3. *Cod. eod.* Ni ita se gerat, expelli impune potest. *l.* 54. §. 1. *eod.*

(*t*) Ob non solutas eadem pœna. *d. loc.* nisi merces remittenda sit, aut conductor casu prohibitus frui, quo fit, ut pro rata tantum temporis, quo fruitus est, teneatur. *l.* 9. §. 1. *l.* 15. §. 7. *eod.* Quod si sine justa causa rem deseruit, placet eum teneri ad mercedem totius temporis. *l. domus*, 55. §. *ult. eod.*

(*u*) §. *pen. Inst. l. si cui*, 48. ff. *eod.*

(*x*) *l.* 18. C. *l.* 13. § 7. & 8. *l.* 30. §. 1. & 2. *eod.*

(*y*) *d. l. si cui*, 48. §. 1. *eod. l.* 2. §. 1. *l.* 5. §. 3. *de in lit. jur.* Ob culpam, quanti res est, seu quanti agentis interest, sit condemnatio, *d. l.* 2. §. 1.

(*z*) Quæ lex communis est omnium obligationum faciendi. *l.* 13. *in fin. de re jud.*

(*a*) Vid. *l.* 15. §. *pen.* junct. *l.* 19. §. *pen. hoc tit. l. qui operas, in pr. eod.*

(*b*) Exempla complura hujus rei legere est in *l.* 13. §. 1. & 6. *seqq. eod.*

(*c*) Fusius hoc explicatur ab Alfeno in *l. in navem*, 31. *eod.*

(*d*) Secus est, si ita locaverit, ut universitas consummationis ad conductorem pertineret. *l. ea lege*, 51. §. 1. *d. tit.*

(*e*) Opus aversione locari dicitur, cum totum uno pretio, non in singulas operas, aut singulos pedes, mensurasve locatur: ut recte colligit August. 3. *emend.* 6. *ex Flor.* in *l. opus*, 36. *hoc tit.* Appellatio inde, quod locator avertit a se periculum, donec opus pro arbitrio redemptoris factum a se adprobetur.

(*f*) *dict. l. ea lege* §. 1. junct. *dict. l. opus*, 36. Post adprobationem quin locatoris periculo sit, nulla dubitatio est.

(*g*) Neque enim cum Donello dixerim, mandatum esse factum solius mandantis, ideoque nec esse contractum; significat enim totum negotium rogantis, & suscipientis, *arg. tit.* ff. & C. *mand.*

(*h*) Qualia sunt, volo, jubeo, peto, rogo, fidei tuæ committo, ut negotia mea geras, item spero fore, ut illam causam pro me agas. *l.* 1. §. 1. ff. *hoc tit.* Exempla in *l.* 25. *de acquir. hæred.*

(*i*) De similibus idem præceptum esto. *l.* 6. §. 2. *l.* 18. *hoc tit.*

(*k*) Hinc est quod vulgo dicitur, verba commendatoria non obligare. *l.* 12. §. *cum quidam*, 12. *eod.*

(*l*) Nam originem ex officio, atque amicitia trahit. *l.* 1. §. *ult. eod.*

veniente, si quidem ab initio certa constituatur, res ad locationem, & conductionem respicit, si quantum postea convenerit, erit contractus incerti (*m*) genus; si tamen remunerandi gratia (*n*) honor intervenerit, erit mandati actio, licet salarium procuratori datum extra ordinem petatur. Suscepto mandato, statim ex consensu nascitur obligatio mandati, ut qui suscepit, susceptum consummare debeat; vicissim, qui mandavit, eum (*o*) indemnem præstare, cujuscumque generis sit mandatum, aut quorumcumque gratia interpositum. Una hic exceptio est, si mandatum intervenerit solius mandatarii causa. Cujus generis mandatum magis consilium, quam mandatum est, & ob id non est (*p*) obligatorium. Plane si non esses facturus, nisi ego mandassem, & si mea (*q*) non interfuit, tamen erit mandati actio.

In hoc judicio mutuæ item sunt obligationes, præstationesque, quarum nomine actiones proditæ tum mandanti, tum mandatario. Mandatario præstationes (*r*) duæ incumbunt; una, ut mandatum susceptum impleat bona fide; altera, ut impleto mandato, quod penes eum ex hac causa erit, restituat. Mandatum non suscipere cuilibet liberum est; susceptum autem consummare, & fidem semel datam exequi mandatarium (*ſ*) oportet; ni faciat, succedit præstatio (*t*) ejus, quod interest, sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus. Sed hoc non est perpetuum. Duæ causæ mandatarium excusant: tempestiva renunciatio, hoc est, si ita renuncietur, ut integra causa mandatori reservetur, eam rem per alios (*u*) explicandi; item si quæ justæ (*x*) causæ intervenerint, cur renunciare aut non possit, aut non debeat, cujusmodi sunt, adversa valetudo, vis hostium, capitales inimicitiæ †, inanes rei actiones. Finito mandato, quidquid per causam, & (*y*) occasionem mandati mandatarius consequutus est, id mandatori ex bona fide restituere debet, sive corpora sint, sive (*z*) actiones, si quas mandati exequendi causa consequutus sit; quarum restitutio fit triplici modo: cessione, delegatione, (*a*) acceptilatione, ut liberatio pro justa restitutione habeatur. Atque hæ sunt præstationes a parte mandatarii; quarum nomine tum in mandato exequendo (*b*) tum in rerum receptarum administratione & culpam præstare debet, & diligentiam; nam traditum (*c*) est aliena negotia, nulla muneris necessitate suscepta, nonnisi exacto officio geri, nec quidquam in eorum administratione neglectum, ac declinatum culpa vacuum esse.

A mandatore hoc exigitur, ut, finito mandato, restituat mandatario quidquid ei per causam mandati aberit. Continet hæc definitio & ea, quæ causam huic obligationi præbent, & rem, quam præstari oportet. Ut locus sit huic præstationi, tria concurrant necesse est. Primum, ut sit impletum mandatum, aut pro impleto habeatur. Impletum mandatum intelligitur, si aut fecit mandatarius, quod ut faceret, mandatum est, aut (*d*) dedit, quod mandatum est, ut daret. Omnino autem fines mandati diligenter custodiendi sunt; nam qui excessit, aliud quid (*e*) facere videtur. Pro impleto habetur mandatum, si cum id mandatarius cœpisset exequi (*f*) casu aliquo perficere negotium non potuit. Secundum est, ut quid absit mandatario, quod ex (*g*) fine hujus obligationis sumptum. Tertium, ut absit per causam mandati; veluti si damnum ex

ea

(*m*) *l.* 5. §. 2. *de præſc. verb. l.* 22. *d. tit. d. l.* 1. §. *ult. ff.* §. *ult. Inſt. h. tit.*

(*n*) Ideſt gratuitæ operæ voluntaria remuneratio. *l.* 6. *in pr. eod.*

(*o*) *d. l.* 1. *in pr. l. ſi mandavero*, 22. §. *ult. ff.* §. *pen. Inſt. eod.*

(*p*) Quia nemo ex consilio non fraudulento obligatur. *l. conſilii*, 47. *de reg. jur. l.* 2. §. *ult. ff.* §. *tua tantum. Inſt. hoc tit.* ubi & exempla. Est & in mandato actionum aliquid speciale, de quo infra *c.* 66.

(*q*) Dummodo alterius persona, cujus intersit, adjungatur. Ex causa, mandavi tibi, ut pecuniam tuam fœnerares, non generaliter, sed nominatim Titio. *d. l.* 6. §. 4. *&* 5. *d.* §. *tua tantum.*

(*r*) Quæ indicantur conjunctim in *l. procuratorem*, 11. *C. hoc tit.*

(*ſ*) *l. ſi mandavero*, 22. §. *ult. l. ſi quis*, 27. §. 2. *ff. d.* §. *pen. Inſt. eod.*

(*t*) Quæ tamen non longius progreditur, quam quatenus interest; ideoque si nihil intersit, cessat mandati actio: *l.* 8. §. *mandati*, 6. *d. l.* 27. §. 2. *eod.*

(*u*) *d. l.* 22. §. *ult. d.* §. *pen.* Neque ulla hic captio est mandatoris. Atqui traditum est, neminem obligationi semel constitutæ renunciare posse. *l.* 5. *C. de obl. & act.* Huic objectioni occurritur *cap. ult. inf.*

(*x*) Vid. *l. ſane*, 23. *& duas ſeqq. ff. hoc tit.*

† Quæ videlicet mandatario ob inopiam mandatoris inanes futuræ essent. *l.* 24. *eod.*

(*y*) Licet præter, & contra mandatum; veluti si procuratori meo mandavero, ut is Titio pecuniam meam crederet sine usuris, isque sub usuris credidit, *l.* 10. §. 1. *&* 2. §. *ſi mandavero*, 8. *eod.*

(*z*) *l. ſi mandatum*, 45. *in pr. &* §. *quoties*, 5. *eod.*

(*a*) Hæc sumpta sunt ex *l. qui mandatum*, 43. *d. l.* 45. §. *quoties*, 5. *eod.*

(*b*) *l. a procuratore*, 13. *C. eod. arg.* §. 1. *Inſt. de obl. quæ quaſ. ex cont.*

(*c*) *l. in re mandata*, 21. *C. hoc tit.* Plura *inf. c.* 76.

(*d*) Aut ad dandum condemnatus est. *d. l.* 45. *in pr. &* §. 4. In mandato dandi incerto summa minima contineri intelligitur, qua ad mandatum exequendum mandatarius defungi potest. *l. ſi quis*, 46. *eod.*

(*e*) *l.* 5. *in pr. ff.* §. *is qui*, 8. *Inſt. eod.* Quid ergo si quis summam præscriptam excesserit, aut intra minorem substiterit? Recte Nervæ, & Proculo placuit, in eam summam, quæ statuta est, aut quatenus impendit, actionem mandatario dandam. *d.* §. *l.* 3. *in fin. & leg. ſeqq. l.* 33. *eod.* enimvero, si tibi mandavero, ut fundum meum centum venderes, tuque nonaginta vendideris, indemnem me præstare debes, quia mea interest, ne minore pretio vendatur, quam volui, *d. l.* 5. §. 3. *eod.*

(*f*) Exemp. in *l. qui mutuam*, 56. §. *ult. eod.* Illud etiam hic notandum, ratihabitionem mandato comparari. *l.* 12. *in fin. de ſol. l. ult. C. ad S. C. Mac.*

(*g*) Qui eo spectat, ne quod damnum mandatarius propter mandatum patiatur. *l. ex mandato*, 20. *eod.*

ea (*h*) causa passus fuerit, aut mandati exequendi gratia bona fide quid (*i*) impenderit. Causa hujus præstationis cognita, jam sua sponte intelligitur, quid hic mandati nomine procuratori præstandum, neque quod illi abest, sive quid impedit de suo, sive se propter mandatum alicui obligavit, ut illic pecunia restituatur, hic obligatione in mandatorem translata procurator (*k*) liberetur; in summa, ut indemnis habeatur mandatarius, cui officium gratuitum, quod alieno nomine suscepit, non debet esse damnosum. Quid igitur si mandator eum liberare detrectet? nimirum damnabitur in id, quod interest mandatarii, juxta † regulam harum obligationum communem.

Hinc inducta est quæstio de fidejussore quando habeat actionem mandati adversus debitorem, ut ea obligatione liberetur, utrum statim atque fidejussit, an vero non ante, quam ex causa fidejussionis solvit. Et placuit non ante eum (*l*) agere posse, quam solverit, aut satisfecerit creditori, nisi justa aliqua causa aut ab initio, aut postea interveniens contrarium suadeat. Hujus generis causæ occurrunt quatuor: si ea lege fidejussit, ut quandocumque (*m*) vellet, liberaretur; si jam judicio est (*n*) condemnatus, quasi proprie jam videatur solvisse, qui solutionem differre non potest; si debitor bona sua (*o*) dilapidare cœpit; si (*p*) diu in obligatione cessaverit; utrumque enim hoc fidejussori justam metuendi causam præbet. His adjiciamus & quintam, si graves inimicitiæ inter fidejussorem, & debitorem intercesserint, quibus debitor causam dederit; quippe ob quam etiam liceat mandatum impune (*q*) negligere; sed etsi solverit fidejussor, & non continuo tamen actionem mandati habet, sed tum demum, cum quatuor hæc concurrunt. Primum est, si solverit, seu satisfecerit creditori; quibus verbis non tantum continetur naturalis solutio, sed etiam ea omnia, quæ ad liberationem ex causa satisfactionis (*r*) prosunt. Proximum est, si sol erit pro vero debitore, quem eumdem ea solutione (*s*) liberarit. Proinde si cum (*t*) sciret, eum aut omnino obligatum (*u*) non esse, aut (*x*) exceptione tutum, nihilominus solverit, aut ex causa judicati; cum conventus judicio debitorem non monuisset, aut ipse exceptionibus ex (*y*) persona debitoris usus non esset, aut usus quidem, sed injuria Judicis condemnatus non (*z*) appellasset, neve reo id tempestive denunciasset, actionem mandati non † habebit. Tertium est, ut ex hac causa fidejussori pecunia absit. Abesse intelligitur, si aut suo facto, aut alieno, aut creditoris liberatus est. Suo, solutione, & quæ vicem (*a*) solutionis habent, obsignatione, & depositione pecuniæ, compensatione, (*b*) delegatione. Alieno, si quis alius eadem contulerit in creditorem (*c*) fidejussoris causa. Facto creditoris, si is obligationem pacto, acceptilatione, vel qua alia voluntate remisit, modo ne donandi animo tantum (*d*).

Ad harum rerum persecutionem competit mandatori actio mandati (*e*) directa; qua ob persi-

(*h*) Sive a re mandato commissa contingens, cujus exemplum est in *l. inter*, 26. §. *pen. eod.* sive extrinsecus; exemplum suppeditat eadem *l.* 26. §. *non omnia*, 6.

(*i*) *l. si quis*, 27. §. *impendia*. *l. qui mutuam*, 56. §. *ult. ff. l.* 4. C. *eod.* Restituendæ item usuræ ejus pecuniæ, maxime si eam aliunde sumpsit mutuo, cum reperire non posset sine usuris. *l.* 1. ubi Donel. C. *hoc tit.*

(*k*) Vid. *d. l.* 20. *d. l.* 26. §. 2. junct. *d. l.* 45. *in pr.* & §. 2. *ff. mand.*

† *l.* 13. *in fin. de re jud. l. stipulationes*, 72. *de verb. obl.*

(*l*) Ne ad id quidem, ut liberetur. *l. Lucius*, 38. *in fin. h. tit. l. si pro ea*, 10. C. *eod.* At videtur implesse mandatum simul ac fidejussit. *arg. d. l.* 45. *in pr.* & §. 5. Recte hoc dicitur in ceteris rebus mandatis; fidejussionis autem mandatum hoc proprium habet, ut non aliter impleatur, quam solvendo. *l. indebitam*, 47. *de cond. ind.* Suscipitur enim ea obligatione persona debitoris, cui hoc adde, quod alias pene inutilis esset mandanti fidejussio.

(*m*) *d. l.* 10. C. *eod.* Nempe quia conventio legem contractui dedit *l. contractus*, 23. *de reg. jur.*

(*n*) *d. l.* 10. *l.* 38 *in fin. d l.* 45. §. 4. *eod.*

(*o*) Hæc causa diserte tradita est in *d. l.* 38. *in fin.* ratio quoque reddita in *d. l.* 10. quia hæc res fidejussori justam causam metuendi præbet.

(*p*) *d. l.* 38. Quod eadem ratione, qua superius defenditur. Illud autem *diu*, quia certo tempore definitum non est, Judicis arbitrio definiendum relinquimus cum Gomez 2. *res.* 13. *n.* 10.

(*q*) *l. sane*, 23. *eod.* Est & hic justa metuendi causa, ne solutum ab inimico facile recuperetur.

(*r*) Cujusmodi sunt pecuniæ obsignatio, & depositio, delegatio debitoris. *l.* 26. §. 2. *l. qui mutuam*, 56. §. 1. *eod.*

(*s*) Nam si liberatio secuta non sit, nulla erit actio. Exempl. in *l. Julianus*, 47. §. 1. *l. inter*, 26. §. *mandatu*, 5. *eod.*

(*t*) Ignorantia excusata est, nisi in jure erraveris. *l.* 29. *in pr. eod.*

(*u*) Sive quod ab initio non fuerit. *d. l.* 29. §. 1. sive quod postea solvit. *d. l.* 29. §. 2.

(*x*) Puta non numeratæ pecuniæ, aut pacti conventi. *d. l.* 29. excipiuntur quæ sunt de apicibus juris. *d. l.* 29. §. 4. ubi vide, quæ notat Gothofr.

(*y*) Sin autem cum exceptione ex sua tantum persona haberet, puta quia solus tempore liberatus, (talis quoque est exceptio Vellejani *l. pen. ad Vell.*) ea omissa solverit, nihilominus solutum repetet, quia fidem implevit liberando debitorem. *d. l.* 29. §. *ult.*

(*z*) Nisi ea tenuitate sit, ut sumptus litis appellationis ferre non possit. *l.* 8. §. *antep. eod.*

† Vid. *l.* 10. §. *pen. d. l.* 29. *in pr. ff. l.* 10. C. *eod.* add. *l.* 7. *de except. l. ex persona*, 32. *de fidejuss.*

(*a*) *l. Lucius*, 38. *in fin. l. qui mutuam*, 56. §. 11. *l. inter*. §. 2 & 3. *eod.*

(*b*) Etiamsi debitor delegatus non sit solvendo; nam qui debitorem delegatum admittit, bonum nomen facit. *dict.* §. 2.

(*c*) Quamvis hoc animo, ut fidejussori donatum vellet. *l.* 12. §. 1. *eod.*

(*d*) *dd. ll.* 10. *in fin.* & 12. *in pr.* Alia exempla sunt in *l.* 11. *l. Julianus*, 47. *in pr. eod.*

(*e*) Directæ actiones, ut hoc obiter moneam, dicuntur ex formulæ, quæ ad ipsam causam, propter quam institutæ sunt, accommodantur; & quia ex negotio principaliter competunt, etiam principales appellantur. *l.* 17. §. 1. *commod.* contrariæ vero, quæ accommodantur ad contrariam partem, & per consequentiam directarum inducuntur.

perfidiam damnatus etiam (*f*) infamis fit, mandatario contraria, quæ præter pecuniariam condemnationem ejus, quod abest, nihil habet (*g*).

CAPUT XIX.

De societate.

MAndatum sequebatur societas, postrema earum conventionum quæ jure gentium solo consensu obligationem pariunt. Societas est communio, seu conjunctio communionis causa inter aliquos voluntate suscepta. Hæc duplex; aut bonorum, quæ generis verbo in usu juris societas (*h*) vocatur; aut vitæ, quam uno verbo nuptias appellamus. Bonorum societas est rerum plurium, aut unius inter aliquos consensu suscepta (*i*) communio, lucri inde in commune faciendi gratia. Est communio rerum; proinde nisi utrinque vel pecunia, vel opera, aut ab uno pecunia, ab altero opera conferatur, non erit (*k*) societas. Est aut omnium bonorum, aut unius alicujus rei, sive (*l*) negotiationis; ut vectigalis, equorum, vini, olei, frumenti emendi, vendendique. Est denique communio consensu, & tractatu de ea re habito (*m*) suscepta; proinde si qui casus in communionem (*n*) inciderint, non affectione societatis, ut evenit in re duobus legata, aut si hæreditas duobus communiter obvenerit, aut si res a duobus simul † empta sit, societas non erit; nondum est satis. In hunc finem communionem instituere oportet, ut lucrum inde factum communicetur. Quæ communio hunc finem non habet, societas dici non potest, ut maxime voluntate suscepta sit, ut, si verbi causa, materiæ duorum dominorum voluntate confusæ fuerint, erit quidem massa communis, at non jure (*o*) societatis. Pari de causa nec talem societatem iniri posse responsum est, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiat; eam enim societatem iniquam esse, & (*p*) leoninam. Ceterum quin ita coiri possit societas, non dubitatur, ut quis lucri partem ferat, de damno non teneatur; si modo tanti sit opera, (*q*) quanti damnum est. Cum autem de hac communione inter aliquos convenit, tum societas consensu contracta esse intelligitur, etsi nullius rei, aut operæ collatio in præsentia fiat (*r*).

CAPUT XX.

In societate rerum quid socius socio actione pro socio præstare debeat potestate judicii.

UT omnis societas lucri, & damni in commune conferendi gratia contrahitur, ita omnis obligatio, & præstatio inter socios aut est de rebus, & lucris ad societatis causam pertinentibus, aut de damnis, & impendiis, quæ ab uno factis in commune agnosci oportet. De rebus ad societatis causam pertinentibus quatuor sunt, quæ socius socio præstare debet, ex æquo, & bono jure definita. Primum, quidquid socius ex causa societatis tenet, possidet, sive fructus percepit, sive debita exegit, id in commune (*s*) conferat. Secundum, si quid nondum acquisivit, sed spes sit fore, ut ad eum perveniat finita societate, eo nomine sociis (*t*) caveat. Tertium, si in rebus ad societatem pertinentibus deteriorem societatis conditionem fecerit vel facto suo, vel negligentia, id (*u*) sarciat. Quartum, si quid

(*f*) Ex edicto de his, qui not. infam. *l.* 1. hoc est, quod dicitur, mandato etiam periculum existimationis contineri. *l.* 21. C. *hoc tit.*

(*g*) Siquidem in contrariis Judiciis non de perfidia agitur, sed de calculo, qui fere judicio solet dirimi. *l.* 6. §. *ult. de his, qui not. inf.* quod fit cum directæ actioni opponitur ex contrario compensatio.

(*h*) Ac de ea sola agunt *tit. ff. & C. pro socio. Inst. de societ.*

(*i*) Sic enim appellatur a Paulo in *l.* 3. §. *ff. hoc tit.*

(*k*) Inde dictum, donationis causa societatem non recte contrahi. *l.* 5. *in fin. eod.*

(*l*) *d. l.* 5. *in pr. l. verum,* 63. *ff. Inst. eod. in pr.*

(*m*) *l. ut sit,* 31. *& seq. eod.* unde a Papin. consortium voluntarium dicitur. *l. cum duob.* 52. §. *idem Papin.* 8. *eod.*

(*n*) *d. l.* 31. *& aliquot seqq. l.* 2. *ff. commun. divid.*

† Simpliciter, sine consensu, & affectione societatis. *d. l.* 31. Quod ergo Ulpianus ait in *d. l.* 2. *comm. divid.* rem, quæ a duobus pariter empta est, cum societate esse communem, sic interpretandum arbitror, si cum affectione societatis eam emptam esse apparet, vel ipso auctore Ulp. in *d. l.* 31. *& seq.* tametsi non ignorem, Sichardum ad *l.* 2. C. *eod.* ex Bartolo contrarium axioma proponere; videlicet eo ipso, quod res a duobus pariter emitur, societatem contrahi, per *d. l.* 2. C. *eod.*

(*o*) §. *si duorum,* 28. *Inst. de rer. divis.*

(*p*) *l. si non fuerit,* 29. §. 2. *hoc tit.* Appellatio haud dubie proverbialis ex Apologo Æsopi de leone, asino, & vulpe. Vide Desiderium nostrum in *Chiliad.*

(*q*) Sæpe enim ita pretiosa est opera socii, ut justum sit, tum ista conditione admitti in societatem. *d. l.* 29. §. 1. *Inst. eod.*

(*r*) *Inst. de obl. ex cons.* Nec est contrarium, quod scribit Modest. in *l.* 4. *eod.* posse societatem coiri re, aut verbis; significat enim societatem ita contrahi consensu, ut nihil intersit, verbis, an re, an quo alio indicio consensus declaretur. At cum dicimus contractum re fieri, necessitatem significamus, nempe sine re, quæ ad consensum accedat, fieri non posse.

(*s*) pro portionibus scilicet jure societatis ad quemque pertinentibus. *l. pro socio,* 38. §. *ult. ff. hoc tit. pro socio.*

(*t*) Cautio est, quæ de lucro pendeant interponi dicitur. *d. l.* 38. *in pr.*

(*u*) *l. de illo,* 23. *l. si fundus,* 39. *l. rei communis,* 45. *& aliquot seqq. eod.* Et culpam quidem, quæ in faciendo est, etiam levem socius præstare debet, *l.* 21. *& d. l.* 23. quæ autem est in non faciendo (negligentia, & desidia) eam non omnem præstet, sed sufficit talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem sui; quod cur in hoc contractu placuerit, ratio reddita est in *l. socius,* 72. *ff. & §. ult. Inst. eod.*

quid culpa sua, aut negligentia non quæsivit, quod quæsitum ad communionem (x) pertineret, ejus partem sociis pro rata præstet. De his autem ita demum recte judicare poterimus, si quæ res ad societatem pertineant, scierimus. Id vero ex genere societatis æstimandum. Societas igitur, aut omnium bonorum contrahitur nominatim, aut simpliciter, aut certæ alicujus negotiationis. Si omnium bonorum societas nominatim coita sit, omnia bona, undecumque (y) obvenerint, præsentia, & futura, communicantur. Bonorum appellatione continentur omnia, quæ ad jus nostrum pertinent, ut & actiones, persecutionesque in eadem causa (z) habeantur; sed corpora, quæ jam coeuntium sunt, continuo (a) communicantur; quæ postea obvenerunt, judicio societatis in commune (b) redigenda; nominum vero actiones cedi (c) invicem oportet. In societate simpliciter contracta ea tantum sunt conferenda, quæ ex quæstu, & opera cujusque descendunt. Extra societatem sunt quæ alieno beneficio (d) quæruntur. Unius negotiationis societas hoc postulat, ut id solum, quod ex quæstu ejus (e) negotiationis provenerit, communicetur.

De damnis, & impendiis ab uno ex sociis factis, si modo ad † rationem societatis pertinebunt, hæ sunt præstationes. Ea, quæ jam facta sunt, socii pro parte societatis agnoscere coguntur, & præstare; de futuris socio metuenti (f) cavere. Ad rationem autem societatis pertinere intelligitur, tum quod socius impendit in rem communem sic, ut verteretur in (g) utilitatem societatis, tum quod in re communi gerenda amisit, alioqui non (h) amissurus. In societate omnium bonorum hoc peculiare est, ut si quid socius (i) necesse habuit præstare ex obligatione honesta, aut etiam aliena (k) injuria coactus, id omne in societatis rationem veniat, tametsi extra causam societatis id præstiterit; quod si quid præstitit, quod præstare necesse non habuit, id, nisi nominatim aliud placuerit, non vocabitur in commune. Illud generaliter tenendum est, nec (l) commodum, quod ex maleficio ad unum pervenit, nec (m) damnum, quod ex maleficio unius contigit, ad causam societatis pertinere. Hinc jam inducitur quæstio de partibus lucri, & damni in unaquaque societate. Summa huc redit: si nihil nominatim convenerit, partes & in lucro, & in damno (n) æquales esse; sin aliter convenerit, standum esse pactioni; modo ne ita placuerit, ut unus lucrum tantum, alter damnum, aut damni partem (o) ferat. Ad hæc obtinendum constituta est sociis una actio utrinque (p) directa, quæ appellatur pro socio, nec alia ulla harum præstationum nomine jure civili comparata. Atqui traditum est, etiam (q) communi dividendo judicium de rebus quamvis ex societate communibus, competere. Sed est inter actionem pro socio, & communi dividendo triplex differentia. Prima (r) in re, quod communi dividendo non agitur, nisi de re adhuc communi: at pro socio actio fere non est, nisi de rebus, quæ communes non sunt, ut in commune redigantur, aut si est de re communi,

ut

(x) Exemp. in *d. l.* 23. §. 1. *l. non ob eam*, 25. *& l. seq. eod.* nec minus huc pertinet *d. l.* 72. *& d.* §. *ult.*

(y) Sive ex opera, & negotiatione sociorum, sive alieno beneficio, puta hæreditate, legato, donatione, sive ob alienam injuriam *l.* 1. §. 1. *l.* 3. §. 1. *l. cum duobus*, 52. §. *antep. l. si societatem*, 73. *eod.*

(z) *d. l.* 3. *in pr. arg. l. bonorum*, 49. *de verb. sign.*

(a) *d. l.* 1. §. 1. Non obstat, quod ad dominium transferendum traditio exigitur. *l.* 20. *C. de pact.* nam & hic traditio tacita creditur intervenire. *l.* 2. *hoc titul.* quippe quod socii totum de suo possidebant, jam pro parte nomine sociorum intelliguntur velle possidere, quo facto possessio sociis pro parte quæritur. *l.* 18. *de acquir. poss.* & per possessionem dominium. *l.* 20. §. 1. *de acquir. rer. dom.* §. *pen. Instit. per quas pers.*

(b) Ratio est, quia postea quæsitorum possessio sine nova traditione, aut voluntate transferri non intelligitur. *d. l.* 73. *& seq.*

(c) *l.* 3. *in pr. eod.* Nec aliter actiones, quæ unius fuerunt, ab aliis exerceri possunt. *l. possessio*, 49. §. *ult. de acq. possess.* Plane, quin utilibus actionibus socius suo nomine, etiam non mandatis, uti possit, non dubito. *arg. l.* 5. *C. de her. vel act. vend.*

(d) *l.* 7. *& sex ll. seqq. eod. hoc tit.* add. Gommes. 2. *res.* 5. *n.* 5.

(e) Ex alia causa quæsitum ad communionem non pertinet. *d. l.* 52. §. 5.

† Seu pendebunt ex societate. *l.* 12. *dict. l.* 38. *in pr. eod.*

(f) *l. omnes ea*, 27. *l. si unus*, 67. *in pr. eod.* quæ est cautio de damno futuro, de qua in *d. l.* 38.

(g) Exempli causa, si agros communes coluit, pecora pavit, æs alienum ad causam societatis pertinens solvit. *d. l.* 12. *d. l.* 38. §. 1.

(h) Ejus rei illustre exemplum in *l.* 52. §. 4. *eod.*

(i) Hic intelligitur, postquam more hujus regionis communio omnium bonorum inter conjuges contrahitur, nisi quid pactis antenuptialibus excipiatur, dotem filiæ ex priore matrimonio susceptæ ad onus utriusque conjugis pertinere. *arg. l.* 19. *de rit. nupt.* Secus est in ceteris societatibus, nisi id nominatim convenerit. *l. si socius*, 81. *eod.* ubi vid. quæ notat Gothof. Tantumdem dicimus, si unus ex sociis filium in studiis aluit, atque nomine quid honeste, & bona fide erogavit. *arg. d. l.* 73. §. 1.

(k) Vid. si quid ob injuriarum actionem injuria Judicis damnatus præstiterit. *d. l.* 52. §. *ult.*

(l) Non solum, quod rei inhonestæ nulla sit societas. *l.* 57. *eod.* sed quia ex maleficiis quæsita ne in bonis quidem sunt. *arg. l.* 52. *de acq. rer. dom.* Utique tamen si sponte conferantur, lucrum commune erit. *d. l.* 25. §. *ult. & quinq. seq. ll.*

(m) Exempla suppeditabit *d. l.* 52. *in fin. l. adeo*, 59. §. 1. *eod.*

(n) Servata tamen proportione geometrica, idest pro rata, quod quisque contulit.

(o) Explicatur hic locus in *l. si non fuerint*, 29. *& l. seq.* item in §. 1. *&* 2. *Instit. eodem.*

(p) Sunt enim omnes pariter socii, & quod præstant, id omne præstant uno communi jure societatis.

(q) *l.* 2. *comm. divid.* quæ actio & ipsa personales quasdam præstationes habet. *l.* 1. *&* 3. *d. tit.*

(r) Vid. *d. l.* 1. *in fin. l.* 6. *d. tit.* junct. *d. l.* 73. *& seq. hoc tit.* item *l.* 31. *cum duob. seqq. eod.* junct. *d. l.* 2. *commun. divid.*

ut ea in medium conferatur. Secunda (*f*) est in petitione, & persecutione utriusque judicii propria; communi dividundo actio eo principaliter pertinet, ut res communes inter socios dividantur, atque a communione recedatur; sequuntur deinde & personales præstationes, quibus alter alteri propter communionem rerum est obnoxius; actio autem pro socio adjudicationem non habet, nec pertinet ad divisionem rerum, sed ad personales præstationes tantum; hinc est, quod, sublata communione, actio communi dividundo simul tollatur, at sublata societate, nihilominus adhuc pro (*t*) socio agi possit. Tertium discrimen est in exitu judicii, quod in judicio societatis condemnatio fit in id tantum, quod (*u*) socius facere potest; in actione communi dividundo in solidum; adde, quod judicium pro socio famosum est, communi dividundo non item.

CAPUT XXI.

De nuptiis, & sponsalibus.

Altera (*x*) societatis species, in qua vitæ societatem esse diximus, sunt nuptiæ, quas easdem & matrimonium, & conjugium appellamus. Nuptiæ sunt viri, & mulieris conjunctio individuam vitæ consuetudinem (*y*) continens. Nuptias conjunctionem esse, & quidem arctissimam constat; quippe quæ inter duos tantum, eosque marem, & feminam intercedat, & individuum totius vitæ consortium contineat; quibus notis discernitur tum a rerum societate, quæ & ipsa conjunctio est, sed neque tempori, neque numero, aut sexui coeuntium alligata, & simul (*z*) polygamia, concubinatus: præposteræ, vulgivagæque veneres removentur. Est autem individua vitæ consuetudo, quæ & in præsentia cuncta, quæ ad convictum, & societatem vitæ pertinent, indivisa habeat, & communia, & quæ nonnisi morte alterutrius finiatur; quod ex proposito contrahentium, & natura matrimonii sumptum est, licet successus non semper voto respondeat. Quamvis enim nuptiæ pro arbitrio contrahentium dirimi non possunt, certum tamen est, divortio justis de causis interveniente, eas (*a*) solvi. Loquor de jure civili; nam jure divino quid hic (*b*) sancitum sit, satis notum est.

Ut nuptiæ efficiantur legitimæ, positum est partim in personis contrahentium, partim in eorum legitimo consensu. Personas tales esse oportet; primum, ut sint natura capaces earum rerum, quæ nuptiæ aut contrahendæ, aut jam contractæ desiderant; deinde ut ne jure prohibitæ nuptias contrahere. Natura (*c*) capaces non sunt, qui consensu, aut facultate sobolis procreandæ destituuntur; ut furiosi, mentecapti, impuberes, castrati. Ut jure prohibeantur, fit aut propter conditionem personæ, si quis non sit (*d*) civis Romanus; aut ob turpitudinem conjunctionis, aut externi alicujus incommodi metu. Turpitudo aut a numero nuptiarum, sive polygamia, quæ etiam (*e*) verbo Dei palam prohibita, aut a cognatione contrahentium, aut ab eorum inter se affinitate. Cognatio duplex; directa, & transversa; directa est parentum, & liberorum. Inter eos nuptiæ in infinitum prohibitæ, utpote nefariæ, & incestæ (*f*). Transversa est eorum, qui ex latere conjunguntur: estque vel æqualis, ut fratrum, sororum, consobrinorum; vel inæqualis eorum, qui parentum, & liberorum invicem numero sunt, ut patruus, avunculus, amita, matertera, nepotes, & neptes ex fratre, aut sorore, & qui supra hos, aut infra sunt. In gradibus æqualibus nuptiæ usque ad (*g*) quartum gradum prohibitæ; in inæqua-

(*f*) Hoc discrimen diserte traditum est in *l. si actum*, 43. *hoc tit. d. l. 1. comm. div.* ubi particulam (*magis*) elective, non comparative interpretaberis cum Accurs. similis locutio est in *l.* 12. §. *cum quidam*, 12 ff. *mand.*

(*t*) *d. l. 1. in fin. l. omne*, 27. *l. si unus*, 67. *in pr. h. tit.*

(*u*) §. *antep. inst. de act.* Fuse hoc explicatur in *l. verum*, 63. *h. tit.* quid autem hoc beneficium contineat, tractatur in *l.* 16. *cum seqq. ff. de re jud.* item in §. *sunt præterea*, 36. *& seq. Inst. de act.*

(*x*) Ajo nuptias contractum esse; quidni? dicuntur enim contrahi. *Inst. hoc tit. in pr.* Bez. in *tract. de divort.* contractum esse dicit mixtum, civilem, quatenus ad societatem humanam spectat, ecclesiasticum, & divinum, quatenus Deus interveniens personas conjungit. Sane si consensum spectamus, & usum matrimonii, contractus est juris gentium, cetera fere rationem civilem, aut ecclesiasticam habent.

(*y*) Extat hæc definitio in §. 1. *Inst. de patr. pot.* cui similis est illa Modest. in *l.* 1. *ff. h. tit.* de qua vid. Duar. *c. 1. eod. in tit. sol. matr.*

(*z*) Intelligo eam speciem polygamiæ, quando uno, eodemque tempore plures uxores ducuntur non soluto morte matrimonio; quin novas nuptias superstes contrahere possit, non est dubitandum. 1. *Cor.* 7. *ver. pen.* vid. Bez. *tract. de polyg.*

(*a*) Numquam tamen, nisi misso repudio. *l.* 8. *Cod. de repud.* ubi & causæ repudii definiuntur.

(*b*) Nempe quod Deus conjunxit, homini sejungere non licere. *Matth.* 19.

(*c*) De his vid. *l.* 8. *ff. de his, qui sui, vel al. jur. Inst. h. tit. in pr.* §. *in plurimis. Inst. de adopt.*

(*d*) *d. pr. Inst. h. tit.* Igitur cum servis, aut peregrinis nullum connubium est. Ulp. in *fragm. tit.* 5.

(*e*) *d. c.* 19. *Matth. d. c.* 7. *ad Corinth.* 1. Bez. *tract. de polyg.* ubi luculenter ostendit, nunquam in foro conscientiæ licuisse plures eodem tempore habere uxores, nec in Rep. Christiana tolerandum; jure civili polygamia apertissime prohibita est. *l.* 2. *Cod. de inc. nupt.* §. *affinitatis*; *Inst. hoc tit.*

(*f*) §. 1. *Inst. eod. Nov.* 12. *l. nuptiæ*, 53. *& seq. ff. h. tit. ad c.* 18. *Levit.* & Bez. *d. tract. de repud. & divort.* Id olim adeo religiose observatum fuit, ut nec inter patrem, & filiam adoptivam dissoluta adoptione nuptiæ constiterint, *d.* §. 1. *in fin.*

(*g*) Quarto gradu concessæ. §. 4. *Inst. hoc tit. l. celebrandis*, 19. *Cod. eod.* nec prohibitæ in *d. c.* 18. *Levit.* immo permissæ *Gen.* 29. Alber. Gent. 5. *de nupt.* 11. Bez. *dict. tract.* Prohibitio juris Pontificii longius progreditur, utique si gradus numeremus juxta computationem juris civilis.

inæqualibus in (*h*) infinitum. Porro quæ ad locum de gradibus cognatorum pertinent, suis locis in jure nostro satis dilucide sunt (*i*) exposita. Illud obiter hic monuisse sufficiet, in supputatione graduum gradus ordinis superioris, qui est parentum, ita numerari, ut adscendatur, inferioris, ut descendatur, obliquorum prius ut ascendatur, deinde descendatur, & generatam quamque (*k*) personam gradum adjicere. Affinitatis quoque veneratione a quarumdam nuptiis abstinendum est. Affines sunt viri, & uxoris cognati; dicti ab eo, quod duæ cognationes, quæ inter se diversæ sunt, per nuptias copulantur, & altera ad alterius finem (*l*) accedit. Qui igitur propter affinitatem parentum, & liberorum locum (*m*) obtinent, conjungi matrimonio, dissoluta affinitate, non possunt, ut socer nurus, socrus gener, vitricus privigna, noverca privignus; quibus adjecta sunt principalibus (*n*) constitutionibus fratris demortui uxor, & uxoris demortuæ soror. Incommoda, ob quæ nuptiæ jure civili prohibitæ, alias metuuntur in viro, alias in muliere, alias in utroque. In viro propriæ dignitatis ejus imminutio; hinc est, quod Senator (*o*) libertinam, aut libertinæ filiam, eamve, cujus parentes artem ludicram fecissent, aut humilem, abjectamque personam ducere prohibetur. In muliere tum concussio adversus sexum, unde cautum, ne Præsidi, iisve, qui temporale officium in provincia aliena administrant, aut militibus, qui in aliena provincia militant, provincialem ducere liceat; tum metus fraudis in tutore, aut curatore, eove, ad quem periculum tutelæ spectat. Hinc placuit, matrimonium non esse, si tutor, vel curator pupillam suam, vel adultam intra vigesimum sextum annum non desponsam a patre, nec testamento destinatam ducat, vel eam filio suo jungat. Idem probandum est, & si post illud tempus quid istorum fecerit nondum redditis rationibus. Incommodum in utroque metuendum est corruptela, & contemptus veræ religionis, cui occursum est Christianorum (*p*) Principum constitutione, qua cavetur, ne quis Judæus Christianam mulierem, aut Christianus Judæam in matrimonium accipiat.

Si contempta legum prohibitione aliqui coierint, nec vir, nec uxor, nec matrimonium, nec dos, nec liberi legitimi (*q*) intelliguntur; unde & dissolutio tali coitu; nec dotis, nec donationis exactioni locus est; sed quod datum est, tamquam indignis ablatum (*r*) fisco vindicatur, nisi ætas, sexus, aut justa ignorantia factum excuset. Qui autem prohibitas, & (*s*) incestas nuptias contrahunt, & alias pœnas patiuntur, quæ sacris (*t*) Constitutionibus continentur. Polygamiæ eadem pœna, quæ (*u*) adulterii; quippe quæ adulterium semper adjunctum habeat. In eadem causa est conjugium Christiani cum Judæa; nam & hoc adulterii commissi vicem obtinere Christianis Principibus placuit (*x*).

Si personæ non obstabunt, tum ad perficiendas nuptias præter legitimum coeuntium consensum nihil desideratur. Id ex remotione earum rerum, quæ præter consensum videri possent necessariæ, apertius intelligetur. Sunt autem hæc tria: conjunctio thori, dos, ritus ductionis, & festivitas nuptiarum. Conjunctio thori videri poterat necessaria propter finem matrimonii, quæ est sobolis procreatio; sed contra constans (*y*) definitio est; nuptias non concu-

(*h*) Habita ratione non numeri graduum, sed imaginis parentum, §. 3. & 5. *Inst.* *l. nemini*, 17. C. *h tit.*

(*i*) In *tit.* ff. *de grad. & affin.* & eruditissime a Duar. c. 3. *de nupt. in tit.* ff. *solut. matrim.*

(*k*) §. *hactenus* 7. *Inst. de grad. cogn.* eaque numeratio germana, perspicua, ipsique naturæ prorsus consentanea est. Canonistæ tamen aliter gradus obliquos dinumerant, nempe aut sursum eundo tantum, aut tantum deorsum; fratres igitur, qui inter se distant duobus gradibus, juxta hanc computationem, eodem gradu distabunt inter se, quo a communi patre, idest, uno tantum. Vid. Bez. *de repud.* pag. 15. & *deinceps.*

(*l*) Definitio hæc, & notatio est Modest. in *l.* 4. §. 3. *de grad. & affin.*

(*m*) *d.* §. *affinitatis*, & *seq. Instit. hoc tit. d. l. nemini*, 17. C. *eod.*

(*n*) *d. l.* 17. *l.* 5. C. *de inc. nupt.* Ab Ordinibus hujus Provinciæ generaliter constitutum est, uti ne uxor cum cognatis mortui mariti, nec maritus cum cognata defunctæ uxoris, qui, vel quæ defunctum sanguine in gradu prohibito contingant, nuptias contrahant; hac ratione, quia scriptum est: *Qui duo fuerant, erunt una caro. Ord. Pol. art.* 8. Congruit lex Mosaica *d. c.* 18. *Levit.* Illud semper constat, esse inter privignos connubium; quamvis fratrem communem ex novo parentum matrimonio susceptum habeant. §. 8. *Inst. l.* 34. § 2 ff. *eod.*

(*o*) Hoc, & quæ sequuntur, civilem dumtaxat prohibendi rationem habet. Vid. *l.* 23. *l. lege*, 44. ff. *h. tit. l.* 7. *Cod. de inc. nupt. l. si quis*, 38. *l. qui in Provinc.* 57. *l. eos*, 65. *h. tit. l.* 6. *pen. & tot. tit.* C. *de interd. matr. l. antep. & pen.* ff. *h. tit.* & ab institutis, & moribus nostris opinor aliena.

(*p*) Theodosii, & Arcadii *l.* 5. C. *de jud. & cælic.* De conjugiis Christianorum cum paganis, & hæreticis late disputat Bez. in *d. tract.*

(*q*) §. *si adversus. Inst. h. tit. l.* 4. & 6. C. *de inc. nupt.*

(*r*) *d. l.* 4. *l. dot.* 61. ff. *hoc tit.* Brisson. *de jur. connub.* pœnam hanc propriam esse vult incestarum nuptiarum. *arg. d. l.* 4. & *l.* 52. & 63. *hoc tit.* quod in medio relinquo.

(*s*) Incestæ nuptiæ habentur, non tantum quæ inter parentes, & liberos contrahuntur in universum; sed etiam quæ inter cognatos, & affines secus, quam licet. *l.* 38. *de adult. l. ult. h. tit.* congruit *artic.* 4. *Ord. Pol.*

(*t*) *l.* 2. *d. l.* 6. & *seq. Cod. de inc. nupt. Nov. de inc. nupt.* 12. *Auth. incestas*. C. *d. tit.* add. *d. art.* 4. & 13. *Ord. Pol.*

(*u*) Adulteria legibus Rom. morte. *l. quamvis*. 30. C. *de adult.* nostris ignominia, damnis, sæpe exilio multantur. Vid. *art.* 14. *cum seqq. d. Ord. Pol.*

(*x*) Sic enim cautum est *l.* 5. *Cod. de jud. & cælic.* Sunt qui negent pœnis severioribus incestarum nuptiarum esse locum, si conjunctio corporum adhuc nulla intervenerit.

(*y*) Tradita in *l. nuptias*, 30. *de reg. jur.* item in *l.* 15. *de cond. & dem.*

concubitus, sed consensus facit. Dos quamvis sine matrimonio esse non potest, (z) matrimonium tamen traditum est etiam sine dote posse consistere. De ritu, & solemnitate nuptiarum magis dubitatum; sed ne hæc quidem esse necessaria apertissime Scævola noster (a) respondit; & secundum eum est constitutum. Enimvero hæc ita erunt, nisi quid aliud legibus, aut moribus publicis ad fidem, & religionem nuptiarum (b) cautum sit, aut receptum. Ceterum sciendum est in hoc consensu proprium quiddam esse nuptiarum præter contractus ceteros, nimirum, ut eorum (c) consensus interveniat, quorum in potestate sunt qui contrahunt; nam hoc fieri debere & civilis, & naturalis ratio (d) suadet. Liberis autem sacris exutis libera hic potestas; præterquam quod in filiabus minoribus vigintiquinque annis, quamvis sui juris, voluntas patris etiamnum exploranda sit, eoque remoto matris, & (e) propinquorum. Sed & (f) certæ causæ sunt, ob quas placuit etiam sine parentum, quorum in potestate sumus, consensu nuptias recte contrahi. Primo, si pater furiosus sit, vel mentecaptus; secundo, si per triennium absfuerit, vel in loco incerto, vel ab hostibus captus; tertio, si nullas justas contradicendi (g) causas parens habeat, modo Magistratus aditus causam cognoscat. Quid tamen si liberi coierint spreta voluntate parenrum, quorum consensus exigitur? nempe consequens est, ut tales nuptiæ & ab initio irritæ, nulliusque momenti habeantur, nec (h) concubitu postea secuto, re sine matrimonio illicita, confirmari possint.

Quæ ex hoc contractu conjuges invicem præstare debent, posita sunt tum in convictu interiore, tum in officiorum conjugalium mutua præstatione. Convictus hic non jure civili tantum, sed etiam divino aperte (i) sancitus est, eum nostri individuam vitæ consuetudinem, & consortium appellant, de quo jam ante satis est dictum. Officiorum conjugalium quædam communia; quædam unius ex conjugibus propria. Communia duo: conjunctio (k) corporum ad sobolem procreandam; cujus præcipue causa nuptiæ ineuntur; item promiscuus rerum omnium, salva honestate conjugii, (l) usus. Mulieris hæc una (m) præstatio propria, ut marito sit subjecta, reverentiam ei exhibeat, seque obsequentem non inhonesta imperanti præbeat. Harum autem præstationum nomine nulla est actio, aut alia cogendi ratio jure civili prodita, nisi quod ad conjunctionem vitæ invicem præstandam auctoritate Magistratus vir, & uxor compelli possint.

Si nuptiæ societatis species sunt, erunt & (n) sponsalia, utpote quæ pars sunt, aut certe ingressus, & gradus quidam, per quem ad nuptias pervenitur. Sponsalia sunt (o) mentio,

---

(z) *l. 3. ff. de jur. dot. l. ult. C. de donat. ante nupt. in pr.*

(a) In *l. pen. de don. int. vir. & ux.* add. *l. 22. Cod. hoc tit.* Atque ita res habet in voluntate certa contrahentium; ceterum in obscura ritus isti desiderantur, ut inditia consensus, quomodo accipienda est *l. 5. hoc tit.* & similes loci.

(b) Sicuti apud nos veluti trinundina in Ecclesia promulgatio, ut imposturis tempestive occurratur potius, quam re non integra remedium quæratur. *art. 3. dict. Ord. Pol.* Sed & obtinuit pia consuetudo, ut nuptiæ publice in Ecclesia celebrentur, ministroque verbi divini præeunte, precibus commendentur Deo; quibus rite peractis, matrimonium perfectum intelligitur, inducitur que bonorum communio, etiam si morte alterutrius, nondum subsequuto concubitu, id direptum sit. Neost. *ob. rer. jud. 15. & aliquot seq.*

(c) *pr. Inst. h. tit. l. 2. & 18. ff. eod.* Consensus autem vel tacitus sufficit. *l. 5. C. eod.* præcedere debet. *d. pr. l. 25. §. jussum. de acq. hered.* nam ratihabitio in nuptiis non retrotrahitur. Vid. Hotom. *ill. q. 9.*

(d) *d. pr.* & ibi Interpretes; vulgo apud nos etiam major ratio est, cum per nuptias potestas solvatur, sed & patre mortuo matris consensus ex placito Ordinum est adhibendus. *d. art. 3.*

(e) *l. filius, 25. h. tit.* junct. *l. viduæ, 18. & l. 20. C. eod.* Quod haud dubie in viduis, & virginibus placuit ob pudicitiam sexui congruentem.

(f) Quas videre licet in *l. 25. C. l. 9. in pr. & §. 1. cum duab. ll. seqq. l. 19. ff. eodem.*

(g) Quod & apud nos cautum est in filia majore viginti, filio majore vigintiquinque annis. *d. art. 3.*

(h) Idque non obscure arguit *l. 11. de stat. hom.* probat Duar. *de nupt. c. 2.* & fortius Bez. in *d. tract.* Et certe, qui aliter sentiunt, frœna laxant indomitæ libidini, & dissolventes nexa obsequii, ansam præbent illudendi parentibus. Non adversatur Paul. *2. sent. 19. aut. l. 1. §. ult. ff. de lib. exh.* loquuntur enim de nuptiis contractis voluntate patris, qui postea dissentiat. Putarem tamen in proposito, si devirginata antea pudice se gesserit, nec justam contradicendi causam pater habeat, Magistratum recte, atque ordine facturum, si eum ad consensum præstandum compulerit. *art. d. l. 19. h. tit.*

(i) Apud *Matth. c. 19. v. 4. & seq.* clarius etiam apud *Paul. 1. Cor. 7. v. 11. & seq.*

(k) Quam ne quis superstitiosus tamquam rem parum castam damnet, verbo Dei expresse sancita est, & utsique postulante altero injuncta. *d. c. 19.* & apertissime *d. c. 7. vers. 3. & deinceps.*

(l) Non vera societas bonorum. *l. 8. C. de pact. tit. C. ne ux. pro mar.* nisi id diserte convenerit. *l. 16. §. ult. de al. leg.* Igitur quod moribus hujus Provinciæ introductum, ut generalis omnium bonorum inter conjuges contrahatur societas, id scripto juri non est consentaneum. At si qua est mariti dignitas, ejus uxor fit particeps. *l. mulieres. C. de dign. lib. 12.* Locuples etiam egenti alimenta præstare tenetur. *l. 29. C. de jur. dot.*

(m) *l. 14. §. 1. ff. solut. matr.* verbo Dei multo diligentius sancita. *Ephes. epist. 5. 22. Col. 3. 18. tit. 2. Pet. 3. 1.* quibus locis simul traditur, quomodo se vice mutua in hac parte vir erga uxorem gerere debeat. Moribus nostris etiam in potestatem viri mulier transit, ita ut sine ejus consensu nec contrahere, nec judicio interesse possit; testari tamen non prohibetur.

(n) Sic dicta, quia moris fuit veteribus stipulari, & spondere sibi uxores futuras. *l. 2. & 3. ff. h. tit. de spons.* Vid. Gell. 4. *cap. 4.*

(o) Ad differentiam nuptiarum, quæ fiunt verbis in præsens conceptis, exempl. causa, accipio te in uxorem. Jus civile igitur unum tantum genus sponsaliorum agnoscit, mutuam scilicet promissionem de futuris nuptiis. Jus autem Canonic. duo sponsalia, de præsenti, & de futuro *C. pen. & ult. h. tit.* Sed haud scio, an non sponsalia de præsenti, quæ vocant, sint ipsum matrimonium jam contractum, licet nondum consummatum, cui sententiæ accedit Bez in *d. tract. in pr.*

tio, & repromissio futurarum nuptiarum. De qualitate personarum sponsalia contrahentium illud generaliter tenendum, matrimonio inter aliquos prohibito, etiam sponsalia prohibita intelligi; sed cum hoc temperamento, si eadem est ratio prohibitionis; cessante vero ratione, cessare & (*p*) prohibitionem. Illud quoque inter nuptias & sponsalia interest, quod in sponsalibus ætas contrahentium definita (*q*) non est, ut in matrimoniis; quapropter & a primordio ætatis sponsalia effici possunt; modo utraque persona sit infante major. De consensu idem per omnia hic (*r*) observatur, quod in nuptiis. Sponsalibus contractis, liberum est (*s*) renunciare, nec pœna eo nomine promissa (*t*) peti potest; tantum quod arrharum sponsaliorum nomine datum est, repeti non potest, si per eum, qui dedit, stet, quominus nuptiæ impleantur; sin per eum, qui accepit, duplum, aut etiam quadruplum, si ita convenerit, reddere cogitur; nisi justam causam renunciandi alteruter habuerit (*u*).

CAPUT XXII.

De legitimis conventionibus, quæ solo consensu obligationem pariunt.

HÆc de quatuor illis juris gentium contractibus, qui solo consensu perficiuntur, simul de vi, atque obligatione eorum, quæ natura, & potestate cujusque horum contractuum continentur. Sunt & conventiones quædam legitimæ, quæ & ipsæ solo consensu obligationem pariunt, & suas quoque præstationes citra apertam conventionem habent; cujus generis tres esse diximus: contractum emphyteuticum, pactum donationis, constitutum. Contractus (*x*) emphyteuticus est, cum prædium a domino in perpetuum, vel ad longum tempus alteri ita habendum fruendum datur, ut quamdiu pensio annua eo nomine constituta solvatur, prædium ei auferre dominus non valeat. Hic contractus ita (*y*) consensu perficitur, ut tamen scriptura ad (*z*) fidem rei gestæ ex constitutione Zenonis desideretur. De obligatione hujus contractus, & quæ ex ea mutuæ inter emphyteutam, & dominum præstationes, libro primo satis diligenter est explicatum.

Non ex quovis pacto donationis causa interposito obligatio nascitur, sed ex eo tantum, quo quis in præsentia se donare dicit, verbis in præsens, non in futurum conceptis; veluti si quis dicat, dono tibi centum aureos; nam hujusmodi demum pacta (*a*) constitutione Justiniani confirmata sunt. Quod si quis postea donaturum se pacto promittat, manebit jus antiquum, nec ex pacto nudo obligabitur. Hoc pactum nullam propriam obligationem habet, quæ ex natura, & potestate negotii descendat; sed sola hic conventio totum facit; de cujus vi postea in commune.

Constitutæ pecuniæ obligatio edicto Prætoris constituta est ex hac causa, si quis constituerit se (*b*) soluturum, nulla scilicet stipulatione interposita, nam qui stipulanti promittit, jure civili (*c*) tenetur. Is autem solus hac actione tenetur, qui quod ante (*d*) debitum fuit, constituit; quo autem jure debitum sit, nihil interest, dum aut utiliter peti possit, aut natura (*e*) debeatur. Sed nec illud refert a quo debitum sit, utrum ab eo, qui se soluturum constituit, an ab alio. Hoc amplius, etsi quis constituit alii, quam creditori, modo pecunia debita sit, valebit (*f*) constitutum; nihil enim Prætor adjecit. Illud in hac obligatione ut singulare observandum, quod ex hac conventione actio edicto proponitur non statim, sed sub conditione, si appareat, eum, qui constituit, neque solvere, neque fecisse, neque per actorem stetisse, quominus (*g*) fieret, quod constitutum est. Ex quo

(*p*) Vid. omnino Duar. *c.* 3. *h. tit.*
(*q*) *l. in sponsalibus*, 14. *eod.*
(*r*) *l.* 4. §. 7. & 8. *cum seq. eod.*
(*s*) *l.* 1. C. *eod.* quod genus renunciationis proprie repudium appellatur. *l.* 101. *de verb. sign.*
(*t*) Nec id, quod interest, nisi dolus nuntium remittentis arguatur. *l. Titia*, 134. *de verb. obl. l.* 2. *Cod. de inupt. stip.*
(*u*) *l.* 3. & *ult. Cod. hic. l.* 38. *de nupt.* Jus Pontificium quando repudium permit. vid. C. *ex literis*, & *passim ext. de spons.* add. omnino Schneid. C. *de spons. ad tit. Inst. de nupt.*
(*x*) Dixi de jure emphyteutico *lib.* 1. *c.* 71.
(*y*) Nulla hic traditio necessaria, quæ initium obligationi præbeat, sed sufficit ista lege convenire. §. 3. *Inst. dict. loc.*
(*z*) *l.* 1. C. *de jur. emph.* Nimirum ideo, quia interest contrahentium, ut hic contractus scripto comprehendatur, fidem alioquin haud facile reperturus, cum fere in perpetuum fiat. Recte autem Gloss. in *d. l.* 1. non prohibet fieri sine scriptis, licet dicatur fieri in scriptis, & hanc sententiam consuetudine comprobatam esse testatur Bartol. *ib.* Bald. tamen in *dict. l.* 1. & Gloss. in *l* 1. *Cod. de cons. l.* 12. scripturam esse ajunt de hujus contractus substantia; quæ opinio comm. est, teste Clar. in §. *empyteusis*, *quæst.* 4. Apud nos fieri debet coram Judice loci, in quo res sita est.
(*a*) Quæ extat in *l. si quis argentum*, 35. C. *de donat.* & §. 2. *Inst. eod. tit.* Secus igitur erit, si ita dixerim, dabo, aut donabo. *arg. l. præcipimus*, *in fin.* C. *de appel.*
(*b*) *l.* 1. §. 1. *de const. pec.* §. *de constituta*, 9. *Instit. de act.* add. *l.* 2 C. *de const. pec.* Æquitas autem hujus juris manifesta est, scilicet, ut quod una conventio non potuit, id saltem efficiat congeminata. *l.* 1. *in pr. ff. d. tit.* Don. ad *d.* §. *n.* 2. *in fin.*
(*c*) Sicuti hodie eum teneri certum est, postquam pactis non minus, quam stipulatione obligari cœpimus;
(*d*) *d. l.* 1. §. 1. & *pen. l. item*, 18. §. 1. *d. tit.*
(*e*) *d. l.* 1. §. *pen.* & *ult. l.* 2. *l.* 3. *in pr.* & §. 1. *eod.*
(*f*) Utrumque hoc traditur in *l.* 5. §. 2. *eod.*
(*g*) Tempore scilicet constituti. *l. si duo*, 16. §. *ait*, & *seq. d. tit.*

quo simul intelligitur, non amitti actionem actori, si moram fecerit in accipiendo, quod juris ratio non patitur, sed ei ab initio nec datam videri, si per eum steterit constituti die quominus oblatum acciperet. Diversum est in ceteris contractibus puris, ex quibus, ut præsens conventio est, ita & (*h*) statim agi potest, actioque semel nata durat, quamvis creditor in accipiendo (*i*) moram fecerit. Cetera omnia huic conventioni cum aliis contractibus sunt communia; de quibus postea. Nunc, ut instituimus, proficisci ordine ad reliqua contractuum genera pergemus.

CAPUT XXIII.

De mutuo.

HI igitur sunt contractus, qui solo consensu constant; hic eorum effectus, & vis propria obligationis. Alterum genus contractuum eorum fuit, qui consensu solo non constant, sed tum demum perficiuntur, cum ad conventionem aliquid accessit. Quo in genere primum locum obtinent, qui re fiunt, atque inter hos sex illi nominati: mutuum, commodatum, depositum, pignus, dos, donatio propter nuptias. Proinde de his jam isto ordine deinceps dicamus, ac euntes per singulos quæramus, quid sint, quas obligationes natura cujusque, & præstationes habeat.

Mutuum (*k*) est, cum res, quæ usu consumuntur, sive quæ pondere, numero, mensura constant, alicui ita dantur, ut ejus fiant, ea lege, ut quandoque reposcenti creditori reddatur tantumdem. Definitio hæc tria complectitur, quæ ad constituendum mutuum requiruntur: res certas, quæ mutuo dentur, tamquam materiam, rerum traditionem, tamquam caussam efficientem, & simul rei gerendæ formam; conventionem hujus contractus propriam, quæ finem continet. Res, in quibus mutui datio consistit, sunt quæ pondere, numero, mensurave (*l*) constant, hoc est, quæ ex certo pondere, numero, mensura æstimantur. Idcirco autem harum rerum datione possumus in creditum ire, quia eamdem functionem in genere suo recipiunt, quam in specie. In ceteris autem rebus ideo in creditum ire non possumus, quia nullæ aliæ res sunt tam æqualis æstimationis, ut in suo genere solutæ, aliæ aliarum vice fungantur, & mutuo tantumdem præstent; constat autem aliud pro alio invito creditori (*m*) solvi non posse. Rem, quam mutuam esse volumus, tradi oportet; non enim solo consensu mutuum contrahitur, sed rei (*n*) traditio accedens ad conventionem initium obligationi præbet; quocirca si convenerit, ut tibi certam pecuniæ summam mutuo darem, nisi pecunia (*o*) proficiscatur, mutuum non erit. In fine, & conventione hæc duo; primum, sic rem tradi debere, ut de mea fiat tua, quod mutui adeo proprium esse creditur, ut & inde nomen (*p*) acceperit; quapropter non aliter res mutua fieri intelligitur, quam si & is, qui credit (*q*), dominus sit, & eo animo res tradatur, accipiaturque, ut is, qui accipit (*r*), dominus fiat. Secundum est, ut reddatur tantumdem; ultra quam datum est re contrahi obligatio (*ſ*) non potest. His autem verbis tria continentur: ut quid reddatur; alioqui donatio erit, non mutuum, ut reddatur non eadem species, quæ data est, alioqui aut (*t*) commodatum erit, aut depositum, sed idem (*u*) genus, sive aliud ejusdem naturæ, & qualitatis, ut reddatur eadem (*x*) bonitate, qua datum est. Quæ omnia natura, & obligatione mutui continentur, licet nihil nominatim convenerit. De æstimatione ambigi potest, an res eadem æstimatione reddi debeat; sed placuit, dum res reddatur ejusdem generis, eademque bonitate, idque sua die, aut nullo adjecto die ante litem contestatam, debi-

(*h*) §. 2. *Inst. de verb. obl. l.* 14. *de reg. jur.* In hoc autem visum est Prætori actionem præter regulam juris inducenti, quam mitissime cum reo agi.

(*i*) Si tamen res debita adhuc extabit. *l. Illud*, 17. *de per. & com. rei vend.*

(*k*) Definitio in eamdem sententiam tradita *Inst. quib. mod. re cont. obl. in pr.* Notandum autem mutuum non semper pro contractu accipi, sed sæpe etiam pro mutuo data; ut in *l.* 2. *ff. h. tit. de reb. credit.*

(*l*) *d. pr. Inst. d. tit. l.* 1. §. 2. *ff. de obl. & act. d. l.* 2. §. 1. *hoc tit.*

(*m*) Ratio reddita a Paul. in *d. l.* 2. §. 1. pluribus exposita a Don. *ibid.*

(*n*) Sive, quod tantumdem valet, mutuum re contrahitur. *dict. l.* 1. §. 2. *de obl. & act. dict. pr. Instit. dict. tit.*

(*o*) Sic hoc expressit Paul. in *dict. l.* 2. §. 3. Sane interdum res, quæ tradita non est, pro tradita habetur; sed hoc eamdem vim habet. *l. singularia*, 15. *eod.* ubi Don.

(*p*) Auctor Paul. in *d. l.* 2. §. *pen. & in d. pr. Inst. dict. tit.*

(*q*) *dict. l.* 2. §. *pen.* Siquidem qui dominus non est, dominium in alium transferre non potest. *l.* 20. *de acq. rer. dom.*

(*r*) *l. si ego*, 18. *h. tit.* Ita nimirum dominii transferendi ratio est, ut nisi concurrat ex utraque parte affectus contrahentium, dominium non transferatur. *l. in omnibus*, 55. *de obl. & act.* Vid. tamen Don. ad *d. l.* 18.

(*ſ*) Cum talis conventio pugnet cum natura hujusmodi contractuum. *l. si tibi*, 17. *de pact. l.* 11. §. 1. *hoc tit.* Potest quidem creditor stipulari usuras, sed hæ tum ex stipulatione debentur, non ex mutuo.

(*t*) *d. l.* 2. *in pr.* Aut pignus, aut locatio, aut precarium, aut contractus innominati genus; sed eorum mentionem idcirco Paul. non facit, quia non sunt ex genere eorum contractuum, qui re fiunt.

(*u*) *d. l.* 2. *in pr. d. l.* 1. §. 2. *de obl. & act. Inst. in pr. d. tit.* At quid si debitor postea eamdem reddere velit, quam accepit? nihil video, cur id ei licere non debeat, dum ne reddat deteriorem; Idque ipsum facile colligitur ex *d. l.* 2. §. 1. De usu loquendi J. C. recepto in appellationibus generis, & speciei, vide quæ notat Gothof. ad *d. l.* 2. & nos *sup. c.* 9.

(*x*) Ut vinum Rhenanum pro Rhenano, optimum pro optimo. *l.* 3. *eod.*

debitorem (y) liberari, quantacumque sit præsens æstimatio, ut & auctæ commodum, & imminutæ incommodum ad creditorem, non ad debitorem pertineat. Diversa tamen causa est pecuniæ numeratæ, quia nummorum substantia, aut bonitas non in corpore, aut materia, sed in æstimatione tota (z) consistit. Licebit igitur ei, qui pecuniam accepit, in alia forma eam reddere, puta pro nummis aureis argenteos, aut etiam æreos, dummodo reddat ad eam quantitatem, quam accepit, probos, & † locabiles. Quid si aucta sit, aut imminuta nummorum æstimatio? nempe consequens est ex superioribus, ea æstimatione reddi oportere, non quæ nunc est, sed quæ initio fuit, cum dabantur (a).

Ex hoc contractu nascitur actio, quæ vocatur certi condictio; estque (b) generalis illa, quæ competit ex omni causa, omnique obligatione, ex qua certum petitur, sive ex certo contractu petatur, sive ex incerto. Cui, adversus quem, qua de re, & ad quid competat, ex iis, quæ dicta sunt, satis opinor intelligi potest, maxime cum unus tantum hic obligetur. Illud utilitatis causa receptum est, ut quibus condictio non acquiritur ante consumptionem, his post (c) consumptionem acquiratur, etiam (d) furioso, eique, qui pecuniam (e) alienam credidit. Adversus filiumfam. ex una causa pecuniæ creditæ (f) non datur. Postremo de periculo rei mutuo datæ hæc regula in universum tenenda est: quocumque modo res perierit, etiam sine dolo, & culpa accipientis, rem ei perire, qui accepit (g).

CAPUT XXIV.

De commodato, deposito, pignore, & quæ in his mutuæ præstationes.

Commodare (h) est rem, quæ usu non † consumitur, gratis alicui utendum dare, certo fine, & modo utendi præscripto. Est rem dare, non convenire de re danda; nam si qua hic obligatio est, ea non consensu, sed (i) re contrahitur; neque tamen is, qui commodat, rem simpliciter dat, idest, rei dominium in accipientem transfert; sed (k) usum rei tantum, salva manente ejus substantia; ideoque eadem species, quæ data est, reddi debet; aliter atque in mutuo, in quo cum res detur utenda, quæ usu consumitur, sic danda est, ut fiat accipientis, quo is jure suo eam consumere possit. Adjecimus gratis, nam pecunia interveniente, locatus rei usus videbitur; re (l) alia, incerti contractus genus. Additur certo fine, & modo (m) præscripto, ut hac nota discernatur a precario, quo quidem & ipso res utenda datur, sed simpliciter, nullo præscripto neque fine utendi, neque modo. Cujus distinctionis (n) effectus hic est, ut commodatum intempestive revocare non liceat, precarium non amplius duret, quam is, qui concessit, patiatur. Igitur is, qui commodatum accepit, de ea re, quam accepit, restituenda

(y) *l. vinum*, 22. *ff. eod.* Propone duo dolia vini mutuo data esse, cum valebant quinquaginta aureos, reddi cum valent quadraginta. Dicimus debitorem liberari, modo reddat ejusdem generis, & eadem bonitate sua die, aut sine die, ante litem contestatam æstimationem autem præcedentis temporis in quæstionem non venire, quippe cum vinum ipsum, non æstimatio, quæ extra rem est, & pro copia, aut inopia augetur, aut minuitur, debitum fuerit; e converso commodum auctæ æstimationis ad creditorem pertinet, qui idcirco incommodum moleste ferre non debet. *arg. l.* 10. *de reg. jur.*

(z) Nec quidquam est nummus, nisi quod publice valet. *l.* 1. *de cont. empt.* Detracta æstimatione, nihil a massa ejusdem ponderis differt.

† Nempe quia reddit quod accepit; acceperat enim eam quantitatem, qua aurei æstimabantur, reddit eadem bonitate, quia eadem æstimatione; in hac autem bonitas nummi, (quippe qui non natura, sed lege censentur, teste Arist. 5. *Ethic.*) sola posita est. *d. l.* 1. *de cont. l. quæ extrinsecus*, 65. *de verb. obl. l. creditorem*, 99. *de solut.*

(a) Finge centum aureos mutuo datos, cum aureus valebat asses quinquaginta, deinde reddi, cum valet quinquagintaquinque. Dicimus debitorem reddentem creditori in singulos aureos quinquaginta asses liberari, quia reddit quantum accepit; accepit autem eam æstimationem. Vicissim si imminuta sit nummorum æstimatio, negamus hoc nocere creditori; utrumque tamen ita, si per debitorem, aut creditorem nulla mora commissa sit. Vid. de tota hac quæst. Hot. *quæst.* 15. Molin. *tract. de usur. q.* 92. *n.* 701. *cum seqq.*

(b) Sicut diserte scriptum est in *l.* 9. *in pr. hoc tit.* Sed nec esse aliam certi condictionem, quæ specialis sit, usquam legimus: totaque ea disputatio futilis est, & supervacua. Oldendorp. *class.* 4. *act.* 17.

(c) Videlicet bona fide factam, quod si nummi adhuc extabunt, aut consumpti sunt dolo malo, vindicari poterunt, & ad exhibendum agi. *l.* 11. *§. ult. & ll. seq. h. tit.*

(d) *l.* 12. ubi & ratio additur *ff. eod.* multoque magis pupillo. *l. non omnis.* §. 1. *eod.*

(e) Intellige sine voluntate domini. *d. l.* 11. *§. ult. & l.* 13. *& d. l.* 19. *§.* 1. Summa est: quod numeranti præstat pecuniæ translatio, hoc ea ab initio non translata præstat consumptio.

(f) Quia ubi dominio translato nulla esset condictio, ibi nulla potest esse ex consumptione. *l.* 14. *eod.*

(g) Et merito; generis enim debitor est, quod perire non potest. §. 2. *Inst. quibus mod. re cont. obl. l.* 1. §. 4. *de oblig. & act. l.* 11. C. *si cert. pet.* Nam genus non est materiale quid, sed intellectuale, quod passionem non recipit, ut ait Gothof. ad *d. d. l.* 11.

(h) Descriptio sumpta ex *l.* 1, §. 3. *ff. de obl. & act. & ex* §. 2. *Inst. quibus mod. re cont. obl.*

† Scriptores tamen etiam de hujusmodi rebus usurpant. Cic. *Verr.* 6. *Commodasti tritici modios sexaginta.*

(i) Indicat *tit. Instit. quib. mod. re cont. ob.* cui hic contractus subjicitur in §. 2.

(k) Inde dictum, neminem commodando rem facere ejus, cui commodat, ac ne possessionem quidem. *l.* 8. *&* 9. *ff. comm.*

(l) Aut pecunia quidem, sed quam placeat postea constitui. *d.* §. 2. *Inst. d. tit.* § 1. *Inst. de locat. l. si tibi*, 22. *de præs. verb.*

(m) Id expressit Paul. in *l. in commodato*, 17. §. 3, *commod.*

(n) Vid. *d. l.* 17. §. 3. junct. *l.* 1. *&* 2. *de prec.*

tuenda tenetur: obligatio ex conventione rei manifesta traditione corroborata. Ipsa conventio tum in nomine commodati latens facile agnoscitur, tum evidentius apparet ex eo, quod datur nominatim ad certum usum, finemque præscriptum (*o*).

Depositum præter ceteros contractus hujus generis manifestam conventionem restituendi habet, titulo traditionis, & nomine ipso contractus inclusam; est enim (*p*) deponere, rem alicui gratis custodiendam dare; hinc obligatio de ea re restituenda sua sponte intelligitur. Qui enim rem custodiendam dat, nihil in alium transfert, sed aperte id agit, ut res sibi custodiatur, restituaturque reposcenti. Obligatio igitur ex contractu, & ita ex contractu, ut re (*q*) contrahatur; quia ut fit depositum, prius rem poni apud alium oportet, ut res tradita initium obligationi præbeat.

Pignus, est res omnis pro debito creditori (*r*) obligata; sed cum de restituendo pignore nunc agimus, proprie eam rem accipimus, quæ in manus creditoris venit, in quo solo obligatio re contrahitur. Nam quod traditur, pignus vel nuda conventione contrahi, hoc eo pertinet, ut res ipsa pignori (*s*) obligetur, non ut obligatio pignoratitia constituatur, unde debitori (*t*) actio fit ad repetendum; hæc enim obligatio nisi ex (*u*) re tradita initium capere non potest. Restituendi conventio, definitione verbi, in quo inclusa est, cognita satis intelligitur.

Quæ in his contractibus alterum alteri ex bona fide præstare oportet, fere sunt ejusdem generis, & communia, eorumque nomine eædem proditæ actiones, directæ danti, accipienti contrariæ. Ab accipiente tria exiguntur. Primum, ut rem, quam accepit, eam reposcenti suo (*x*) tempore restituat, etsi hoc magis ad conventionem pertineat. Secundum, ut restituat id omne, quod rem principalem (*z*) secutum est. Tertium, ut & reddat ea omnia, quæ ex re provenerunt, ut quæ per occasionem rei consecutus est; in quo numero sunt hæc † quatuor: Fructus ex re pignori obligata percepti; pretium pignoris distracti, quatenus debitum excedit; lucrum pœnæ, quam creditor consecutus est a fure; actio (*a*) omnis, quam ex ea causa nactus est. Hæc etsi pluribus tribuuntur pignoratitiæ actioni; tamen & in ceteris quoque locum habent; nisi quod furti pœna (*b*) commodatarii lucro cedat, depositarius furti non agat. Illa depositi (*c*) propria sunt, quod depositi damnatus infamia notatur, & in eum, qui tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causa depositum inficiatur, in duplum actio datur. Ex contumacia non restituentis crescit (*d*) his judiciis periculum, & obligatio jurejurando in litem. Quid autem si res perierit, aut deterior facta sit? & refert, utrum casu id acciderit, an vero facto; & si facto, utrum dolo, an culpa. Si casu, certa est juris (*e*) sententia: Casus fortuitos nullo bonæ fidei judicio præstari. Si quid factum est dolo, contraria sententia non minus rata: Omnibus judiciis debitorem dolum suum præstare; sin culpa, hanc omnes præstant, quorum utilitas vertitur, ut commodatarius, & creditor, cujus nulla vertitur, dolum tantum; at propter dolum etiam latam culpam ut depositarius. Verum hæc ita, nisi quid aliud nominatim convenit (*f*)

In

(*o*) Cum autem certus modus, & finis rei præscribitur, nihil ultra concedi intelligitur. *l.* 5. *ff. mand.*

(*p*) *l.* 1. *in pr. depos*, §. 3. *Inst. h. tit. quib. mod. re cont. obl.* In eodem significatu & verbo commendare utimur. *l. commendare*, 186. *de verb. sign. l. Lucius*, 24. *depos.*

(*q*) *l.* 1. §. *is quoque*, 5. *de obl. & act. d.* §. 3. *Inst. hoc tit.*

(*r*) §. 7. *Inst. de act.* etiamsi non sit tradita creditori. *l.* 11. *de pign. act.* Sed magis hypotheca dicitur, si res sit immobilis. *l.* 4. *de pign. l.* 9. §. *proprie. de pign. act. l. plebs*, 238. §. 2. *de verb. sign.* In actione tamen hypothecaria his nominibus promiscue utimur. *d.* §. 7. *l.* 5. §. 1. *de pign.*

(*s*) Acquiraturque creditori actio in rem Serviana, aut hypothecaria, qua rem sibi oppigneratam adversus possidentes persequatur. *d.* §. 7.

(*t*) Scilicet in personam nata ex ista obligatione. S. *ult. Inst. hoc tit.* Observandum, actionem hypothecariam a veteribus sæpe pignoratitiam dici, ut in *l.* 9. *in pr. ff. quib. mod. pign. solv. l.* 13. *de cond. ind.* & aliis in locis.

(*u*) *d.* §. *ult.* Neque tamen necesse est, ut vere pignus constituatur, quod non aliter fit, quam si & debitum aliquod subsit. *l.* 5. *de pign.* & pro eo res obligata sit ab eo, cui eam obligandi jus est. *tit. C. si res al. pign.* sed sufficit tamquam pro debito vel a non domino esse oppositam. *l.* 22. §. 2. *de pign. act.*

(*x*) Commodatum finito tempore utendi præscripto. *l.* 17. §. 3. *com.* pignus soluto debito. *l.* 9. §. 3. *de pign. act.* depositum pro commodo deponentis, cujus solius gratia comparatum est.

(*z*) Exempli causa, pullus, qui equam commodatam comitabatur. *l.* 5. §. *usque adeo*. 9. *com.*

† Quæ ordine occurrent his locis. *l.* 1. & 2. *C. de pign. act. l.* 6. §. *ult. l. pen. l.* 22. *in pr. l.* 13. & *l.* 24. §. 2. *eodem tit.*

(*a*) Ut furti, pœna nondum exacta, ex vendito, distracto pignore, *d. l.* 24. §. 2. *d. tit.* vindicatio, aut in factum actio in specie *d. l.* 13. *in pr.*

(*b*) *l. ult.* §. 3. *C. de furt.* Haud dubie, quia usus commodatario concessus est; idque exemplo conductoris. *l.* 6. *ff. locat.* depositarius idcirco furti non agit, quia custodiam non præstat. §. *antep. Inst. de obl. quæ ex del.* add. Gloss. ad *d. l.* 22.

(*c*) Primum est in *l.* 1. *de his, qui not. inf.* alterum in *l.* 1. §. 1. *depos.*

(*d*) Sicut & in ceteris bonæ fidei judiciis, in quibus res a nobis profecta repetitur. *l.* 3. §. 2. *com. l.* 5. & *l.* 8. *de in lit. jur.*

(*e*) Tradita in *l. quæ fortuitis. C. de pign. act. l. contractus*, 23. *de reg. jur.*

(*f*) Hæc strictim tantum: pertinet locus ad liberationes oblig. ubi plenius explicabitur, inspice tamen obiter *dict. l.* 23. *l.* 5. §. 2. *comm. l.* 1. §. *ult. l. quod Nerva*, 32. *depos. l.* 13. §. *ult. de pign. act.* §. 2. & *du. seqq. Inst. h. tit.* Simul nota & creditorem, & commodatarium etiam diligentiam præstare, sive custodiam. *d.* §. 2. & *ult. eod. d. l.* 5. §. 2. *d. l.* 13. §. *ult.*

S 2

In contrariis judiciis agitur de (g) indemnitate accipientis, ut & damnum, quod per cauſam rei paſſus eſt, ei ſarciatur, & impenſæ præſtentur, quas in rem acceptam fecit. Damnum triplex: aut a dante per intempeſtivam, & damnoſam rei (h) ſubductionem; aut a re accepta, veluti ſi ſciens tibi commodaverim vas (i) vitioſum, & liquor infuſus effluxerit; aut ab accipiente, ſi res deperdita, cujus æſtimationem præſtitit, ad dominum (k) redierit. Etiam impenſæ, ſi neceſſariæ ſunt, contrariis actionibus repeti (l) poſſunt; præterquamquod æquum viſum eſt, commodatarium cibaria, & modica impendia in valetudinem puta ſervi commodati facta (m) præſtare. In utilibus impenſis nec delicatum, nec oneroſum audire (n) oportet; voluptarium (o) nulla ratio habetur. In judiciis contrariis non juratur in litem, nec damnatus fit infamis; ſed quanti res eſt, tanti damnatur qui commodavit, depoſuit, pignori dedit (p).

CAPUT XXV.

De obligatione, & reſtitutione dotis.

Dos (q) eſt res marito nomine uxoris data propter nuptias, ut fiat mariti, ſitque apud eum ad onera matrimonii ſuſtinenda. Eſt res data; tunc enim dos eſt, cum quod deſtinatum doti erat, traditum ad maritum (r) pervenerit; unde reſtituendæ dotis obligationis initium. Data autem non ſimpliciter, ſed propter nuptias, quæ conditio dotis adeo propria eſt, ut & omiſſa tacite ſemper (ſ) ineſſe intelligatur. Data marito, ut ejus fiat, ſitque rei dotalis (t) dominus, quamdiu matrimonium conſtabit, eo ſoluto, ad uxorem redeat, perinde quaſi mariti numquam fuiſſet. Finis dotis hic, ut ſit apud maritum ad onera matrimonii ſuſtinenda; eſtque & hoc dotis ita proprium, ut nulla ſit, quæ (u) oneribus matrimonii non ſerviat. Hinc jam contractus genus, & reſtituendi obligatio nullo negotio intelligi poteſt.

De obligatione reſtituendæ dotis; utpote re ad cognoſcendum (x) præclara, & a ſuperioribus obligationibus in omnibus fere partibus diſcrepante, liceat hoc loco paulo copioſius diſſerere, quo tota hæc reſtitutio liquido intelligatur. Quatuor igitur hic nobis excutienda: tempus reſtituendi; perſonæ, quibus dos reſtitui, & a quibus debet; res, & præſtationes, quæ in reſtitutionem veniunt; actiones harum rerum obtinendarum propriæ. De tempore ita jus eſt: conſtante matrimonio dos repeti non (y) poteſt, uno caſu excepto, ſi maritus vergat ad inopiam. Sed nec ſolvi ſtante matrimonio recte poteſt, niſi aut utilitatis, aut pietatis ratio aliud (z) ſuggerat. Matrimonio † ſoluto, rerum immobilium præſens repetitio eſt, mobilium demum poſt annum, veteri rerum, & temporis diſtinctione (a) exploſa. Quod ſi quid aliud de tempore repetendæ dotis convenerit, ſtandum eſt conventioni; in quo tamen hæc lex tenenda: non licere pacto dotali deteriorem dotis conditionem (b) facere. Cete-

---

(g) *l. 5. in pr. commod.* Sive, quod idem eſt de calculo, & ſupputatione ejus, quod agenti contrario judicio abeſt. *l. 6. in fin. de his, qui not. inf.*

(h) Exemplum eſt in *l. ſicut, 17. §. 3. in fin. commod.*

(i) *d. loc.* Aliud exemplum eſt in *l. pen. eod. l. ſi ſervus, 31. de pign. act.*

(k) Tenetur enim dominus aut rem, aut æſtimationem reddere ei, a quo eam æſtimationem accepit, *dict. l. 17. §. ult.* Ratio eſt in *l. bona fides, 57. de reg. jur.*

(l) *l. 8. in pr. de pign. act. l. in rebus. 18. §. poſſunt, 2. commod.*

(m) Idque naturali ratione propter uſum rei commodatæ. *d. l. 18. §. 2.*

(n) Servanda diſtinctio, quæ eſt in *l. ſi ſervus, 25. de pign. act.*

(o) Aut alias inutilium, *l. ſi pignore, 22. §. ult. dict. tit.*

(p) *l. 5. in pr. comm. l. 6. in fin. de his, qui not. inf. §. pen. Inſt. de pœn. temp. lit.*

(q) Dotis appellatio ambigua eſt; ſignificat enim & contractum, titulumque, & cauſam acquirendi. *l. 23. de reg. jur. §. per traditionem. Inſt. de rer. div. tot. tit. ff. pro dot.* & rem ipſam, ut cum dicimus, dotem dare, doti dicere, in dotem accipere, jus dotium; ex re autem ita data facile contractus intelligitur, Vultej. ad *pr. Inſt. quib. al. lic.* rem dotalem diſtinguit a dote, tamquam ſubjectum ab adjuncto, & jure rei; ſed hoc paradoxum eſt.

(r) *Arg. l. 13. §. 2. & l. ſeq. §. pen. de fund. dot.* poteſt quidem dos promitti. *l. 6. C. de dot. prom.* ſed ea promiſſio non dos eſt, ſed dotis futuræ pollicitatio.

(ſ) *l. 21. ff. hoc tit. de jur. dot.* nec ſine nuptiis dos intelligi poteſt. *l. 3. eod. l. ult. C. de don. propt. nupt.*

(t) *Inſt. qui. al. lic. vel non. in pr. l. 7. §. ſi res ff. hoc tit. l. 13. §. 2. de fund. dot. l. 9. Cod. de rei vind. l. 23. Cod. hoc tit.* Quoniam autem hoc dominium non diutius durat, quam matrimonium conſiſtit, ex quo tempore dos reſtitui debet, inde factum, ut eo exitu inſpecto mulier ſæpe dicatur domina, de marito non tam ut domino; ſed tamquam rei alienæ adminiſtratore, præſertim in *tit. ſol matr.* tractetur, utpote qui & dolum, & culpam, ut ceteri adminiſtratores, præſtet, & ſoluto matrimonio rationem ſit redditurus. Adi Lyclam. 7. *memb. ecl. 26.*

(u) *l. pro oneribus, 10. C. l. ſi pater, 76. in fin. ff. eod.*

(x) Quamquam quod ad hujus regionis conſuetudinem attinet, pleraque jura de dote loquentia locum non habent, ſicut nec privilegia tacitæ hypothecæ; propterea quod inter conjuges bonorum omnium communio eſt; ſane ſi pacto dotali convenerit, ne bona communicentur, legali hypothecæ erit locus,

(y) *l. 7. C. ſol. matr.* ſumptum ex lege, & fine doti propoſito. Exceptio eſt in *l. ubi, 29. C. hoc tit. l. ſi conſtante, 25. ff. ſol. matr.*

(z) Qua de re vid. *l. quamvis, 20. & l. ſeq. ff. ſol. matr.*

† Matrimonio ſoluto dos reſtituenda, quia tum ceſſat cauſa, ob quam data eſt. *l. 2. in pr. ff. ſolut. matr.* junct. *l. ſi pater, 76. hoc tit.*

(a) *l. un. §. cum autem, 7. C. de rei ux. act.* Olim res fungibiles reddebantur annua, bima, trima die, ideſt, diviſis in tres annos æquis portionibus, ceterarum rerum præſens erat repetitio.

(b) Igitur, ut citeriore die ſolvatur, paciſci licet, ut longiore non licet. *l. 14. & ſq. de pact. dot.*

Ceterum duæ sunt causæ, quibus intervenientibus, ne soluto quidem matrimonio dos repeti potest; una est, si convenerit, ut (*c*) mortua in matrimonio uxore dos remaneret apud maritum; altera, si culpa uxoris divortium factum est (*d*).

De personis, quibus dos restitui debet, ita placet: Si mulier suo nomine, aut extraneus (quo verbo in hac specie juris auctores intelligunt eum, qui mulierem in potestate (*e*) non habet) nomine mulieris dotem dedit simpliciter, repetitionem dotis soluto matrimonio soli competere (*f*) mulieri; sin autem dedit ea lege in continenti adjecta, ut soluto matrimonio dos sibi redderetur, si quidem stipulatus est, ex stipulatu, si pactus, actione præscriptis verbis dotem ipse, soluto matrimonio, recte (*g*) repetet. In persona patris jus singulare constitutum, ut si dotem pro filia dederit, eam, mortua in matrimonio filia, in (*h*) solatium mortis recipiat, quamvis de dote sibi reddenda nihil caverit; nec quidquam refert, utrum is filiam in potestate habuerit, an non habuerit, dummodo dos de bonis ejus profecta (*i*) sit. Patre autem ante mortuo, sicut filiæ solius manet dotis exactio, ita mortua deinde filia, ad hæredes filiæ (*k*) transmittitur. Plane si proponas, avum pro nepte ex filio dotem dedisse, eumque primo, deinde & neptem stante matrimonio decessisse, æquissimum est, dotem redire ad patrem, propter quem filiæ nomine datam esse credendum est (*l*).

Quod si pater dotem dederit pro filia, quam in potestate habet, hic prope omnia commutantur, sive in dote danda caverit sibi eam reddi, sive simpliciter dotem dederit. Si caverit stipulatione interposita, actionem dotis propriam suam facit; pactus tantum, quamvis in continenti id faciat, nihil agit, quoniam & sine pacto actionem dotis profectitiæ habet, quam conventione simplici non creditur (*m*) innovare. Minus igitur hic tribuitur patri, quam cuivis extraneo; contra, alia parte plus patri datur, quam extraneo; nam pater etiam (*n*) ex intervallo recte stipulatur ante nuptias, cum prius dotem dedisset, extraneus non item, nisi consentiente muliere. Quod si pater stipulationem non interposuit, sed simpliciter dotem dedit, aut tantum pactus est, dos inter patrem, & filiam communis erit, non utique jure dominii, sed jure petendi, ut patri quidem jus agendi sit, sed nonnisi ex voluntate, & (*o*) consensu filiæ. Duæ igitur partes hic spectandæ; petitio patris & consensus filiæ. Ad petitionem quod attinet, quamdiu filia est in potestate patris, solus pater experitur (*p*), non filia: exceptis (*q*) duobus casibus: unus est, si pater absit, nec quisquam ejus nomine experiatur; alter, si pater præsens ipse agere nolit. Sed ut maxime pater dotem petat, placet eum ex consensu filiæ petere debere, qui consensus spectetur tempore litis † contestatæ. Consensum autem filiæ hic accipimus, non ut aperte consentiat, sed ne (*r*) contradicat. Quinimmo & contradicens sæpe pro consentiente habetur: quod tum fit, quando justam contradicendi causam non (*ſ*) habet. Utriusque igitur voluntas hic exquirenda: proinde si dos soluta sit patri citra voluntatem filiæ, aut filiæ citra consensum patris, neuter alterius conditionem deteriorem facit (*t*). Sed nec hæ partes sunt perpetuæ. Primum, invita filia, dotis exactæ duobus casibus denegatur repetitio; uno, si pater eamdem dotem alii viro filiæ nomine dedit, quo casu filia dotem petens doli mali exceptione repellitur; altero, si filia a patre, aut ex hæreditate paterna, aut ex legato tantum accepit (*u*), quantum dotis nomine debebatur a marito; hic enim

(*c*) *l.* 12. *l.* 2. ubi & ratio. ff. *d. tit.*

(*d*) Ut si repudiata sit propter adulterium, cui lenocinium mariti causam non præbuit. *l. Lucius*, 38. *& seq. sol. matr.*

(*e*) *l. un.* §. *accedit*, 13. *in fin.* C. *de rei ux. act.*

(*f*) *d. l. un.* §. *accedit. l.* 9. *in fin.* C. *de pact. dot.*

(*g*) *d. l. un. d.* §. *accedit.* Nam quam quisque legem in traditione rei suæ dixit, eam servare oportet. *l.* 10. C. *de pact.* ex intervallo vero interposita pactio nihil agit. *d. l.* ac ne stipulatio quidem. *l.* 29. *sol. mat.* nisi ad hoc, ut si consensu mulieris interposita fuerit, ea in matrimonio sine liberis mortua, actio stipulanti quæratur. *l. post mortem*, 40. *d. tit.*

(*h*) Ne & filiæ amissæ, & pecuniæ damnum sentiret. *l.* 6. ff. *hoc tit. l.* 4. C. *sol. mat.*

(*i*) *l.* 5. *in pr. &* §. *pen.* ff. *hoc tit.* Observandum igitur, dotem profectitiam in hoc distare a peculio profectitio, quod dos profectitia etiam ea dicatur, quam parens non debitam pro filia emancipata dedit; quia non jus potestatis, sed parentis nomen dotem profectitiam facit. *d.* §. *pen.*

(*k*) *d. l. un.* §. *mandat.* 4. Abrogatio jure veteri, quo apud maritum remanebat, exclusis & filiæ, & patris hæredibus. Ulp. in *frag. tit.* 6.

(*l*) Sicut a Celso responsum est in *leg.* 6. ff. *de collat.*

(*m*) *l. quoties*, 29. *sol. matr. l.* 6. C. *hoc tit.* stipulatione enim novatio fit, non pacto. *l.* 1. *de nov.*

(*n*) *d. l.* 29. Differentiæ ratio peti potest ex *d. l. un.* §. *accedit.* junct. *l.* 10. *de spons.* Quod si pater consentiente filia ex intervallo stipulatus sit, idem servabitur, quod in hujusmodi stipulatione extranei. *l. post dotem*, 40. ff. *sol. mat.*

(*o*) *l.* 2. §. 1. *l.* 3. *d. tit.* Dos autem ipsa semper in solidum acquiritur filiæ. *l.* 3. §. *ergo*, 5. *de minor.*

(*p*) *d. l.* 2. §. 1. Hoc ideo, quia interest patris filiam dotem habere, & recipiendæ aliquando dotis spem. *l. pater*, 71. *de evict.*

(*q*) Quorum prior est in *l.* 22. §. 4. *&* §. *soluto*, 10. *sol. mat.* alter in *Nov. de æqual. dot.* 97. §. *ult.*

† *d. l.* 2. §. 1. junct. *l.* 22. §. *ex eo autem*, 5. *sol. mat.*

(*r*) *d. l.* 2. §. *ult.* Quod benigniter receptum, tum ob utilitatem filiæ, tum ob reverentiam patri debitam, patrisque in liberos affectum.

(*ſ*) *d. l.* 22. §. *nec non*, 6. *l. dotem*, 37. *solut. matr.*

(*t*) *l.* 3. *d. tit. arg. l. solvendo*, *antep. de neg. gest.*

(*u*) Hic casus est in *l.* 4. superior in *dict. l.* 22. §. 2. *sol. mat.*

enim dotem placet cum legato compensari. E converso, si dos filiæ soluta sit sine voluntate patris, duabus item ex causis receptum est, ut patri denegetur actio; una (*x*) est, si dos filiæ soluta quovis modo ad patrem redierit; altera, si dos restituta sit filiæ ex iis causis, ex quibus, constante matrimonio, filiæ solvi potest. Sed hæc ita habent, si filia, soluto matrimonio, erit in potestate patris; sui juris effecta sola habet dotis repetitionem (*y*).

Datur actio hujus obligationis propria adversus (*z*) maritum tantum. Socer, & similes, qui dotem acceperunt, tenentur condictione sine causa. Per consequentiam autem & pater tenetur, cujus filiæ nomine, quam in potestate habet, dos data est, sed communibus actionibus, quod jussu, de in rem verso, de peculio †.

Rerum, quæ in restitutionem dotis veniunt, duo sunt genera; dos ipsa, & commoda dotis. Dos aut ipsa restitui debet, aut aliud pro ea. Ipsa dos, res (*a*) certa, non æstimata in dotem data est. Aliud, duobus casibus; si aut res pondere, numero, mensura constantes datæ sint, simili plane jure, & obligatione, qualis est in (*b*) mutuo; aut si aliæ quidem res, sed æstimatæ, quo casu emptio contrahitur, ipsaque æstimatio velut pretium venditionis actione ex vendito soluto matrimonio (*c*), præstanda est. De commodis dotis ex periculo statuendum est. Ubi igitur dos ipsa debetur, periculum omne mulierem respicit; maritus præter dolum, & culpam, eamque, quam in (*d*) suis rebus adhibet diligentiam, nihil præstat; aliæ res periculo (*e*) mariti sunt; quod utrumque comprehensum est certissimis juris (*f*) regulis, quæ traditæ sunt, & periculo, & interitu rerum debitarum. Ex his jam de commodis dotis sic statuemus: Commoda hæc non restitui tunc, cum periculo dotis ad (*g*) maritum pertinet; aliarum (*h*) rerum, quas periculo uxoris esse diximus, commoda dotem augere, ac proinde in restitutionem venire, exceptis fructibus, quos marito acquiri placuit pro oneribus (*i*) matrimonii, non diutius tamen, quam pro eo tempore, quo matrimonium stetit, ante, vel post perceptos omnes restitutioni obnoxios esse (*k*).

Actiones, quæ harum rerum obtinendarum causa comparatæ sunt, videamus. Extraneo dotem danti, sibique reddi stipulanti competit actio ex stipulato, paciscenti præscriptis (*l*) verbis. Mulieri vetus actio in personam fuit rei uxoriæ, cui substituta est actio ex stipulatu, in qua (*m*) quatuor singularia animadvertenda. Primum, quamvis mulier dotem sibi reddi stipulata non sit, nihilominus tamen propositam ei esse actionem ex stipulatu, non secus ac si stipulatio intervenisset. Secundum; ex stipulatu actionem, quæ ex ceteris causis stricti juris est, in hac repetitione esse (*n*) bonæ fidei. Tertium, adjunctam esse huic actioni tacitam bonorum omnium mariti hypothecam. Quartum, in hac ipsa hypotheca mulierem omnibus aliis creditoribus anteponi, licet anterioris temporis privilegio (*o*) aliis. Marito hoc tribuitur, ut non condemnetur, nisi

in

(*x*) Tradita in *d. l.* 3. sicut ea, quæ sequitur in *l.* 20. *&* *seq. d. l.* 22. §. 1. *sol. matrim.*

(*y*) Quocumque modo exierit de potestate. *d. l. un.* §. *videamus*, *&* §. *ult. l. quamvis*, 42. *d. tit.* Apud nos per nuptias patriam potestatem solvi alibi monuimus.

(*z*) In cujus solius persona vere dos est; olim rei uxoriæ actio, hodie ex stipulatu, *d. l. un.*

† *d. l.* 22. §. *transgrediamur*, 12. *l. filiofam.* 53. *sol. matr.*

(*a*) *l. æstimatis*, 50. *sol. matr. l. in rebus*, 17. ff. *hoc tit. de jur. dot.* etsi aliena data sit. *l.* 11. *sol. matr.*

(*b*) Ut & periculo mariti sint. *l. res in dotem*. 42. ff. *hoc tit.*

(*c*) *l.* 10. §. 4. ff. *l.* 5. *&* 10. C. *eod.* Si tamen nominatim convenerit, ut res ipsæ, si extarent, redderentur, servanda est conventio. *d. l.* 50. nec eo minus, si perierunt, æstimatio præstanda. *l.* 20. C. *hoc tit.* Si convenerit, ut aut res, aut æstimatio redderetur, in dubio electionem dabimus marito. *d. l.* 10. §. *ult.* Scip. Gent. *de æstim. rer. in dot. dat.*

(*d*) *l. in rebus*, 17. *h. tit. l.* 18. §. 1. *l. si constante*, 24. §. *si maritus*, 5. *l. pen. sol. matr.* At cur a marito non eximius majorem diligentiam, cum utriusque utilitas vertetur? *l.* 5. §. 2. *comm.* nimirum, quia maritus socius est, socii autem culpa non dirigitur ad exactam diligentiam. §. *ult. Instit. de soc.*

(*e*) *d. l. res in dotem*, 42. ff. *hoc tit.*

(*f*) Præter quas nihil hic constitutum. Inspiciantur in transcursu hi loci. *l.* 5. *de reb. cred. l.* 23. *de verb. obl. l.* 23. *de reg. jur. l. quæ fortuitis*. C. *de pign. act. l. incendium*. C. *si cert. pet.*

(*g*) *dict. l. res in dotem*, 52. *l.* 10. Col. *hoc tit. l. un.* §. *cumque*, 9. C. *de rei ux. act.* idque conveniens est regulæ naturæ. *l.* 10. *de reg. jur.*

(*h*) Quales sunt, quæ vel extrinsecus accedunt. Exemplum in *l.* 4. *&* *l.* 10. §. 1. *eod.* vel quæ ex re nascuntur, sed non sunt in fructu, ut arbores non cæduæ. *l.* 7. §. *si fundum*, 12. *sol. matr.* partus ancillarum. *d. l.* 10. §. 2. vel quæ per servos dotales quæsita sunt, neque ex re mariti, neque ex operis eorum, *l.* 58. *sol. matr.* & si qua sunt alia generis ejusdem.

(*i*) *l.* 7. ff. *l. pro oneribus*, 20. C. *hoc. tit.*

(*k*) *l.* 5. *&* *seq. l. ult. sol. matr. l.* 7. §. 1. *hoc tit. d. l. un.* §. *cumque*. Hinc disputatio illa Ulp. proposita ex Papin. in *l.* 7. §. 1. *sol. matr.* de divisione fructuum, si matrimonium primo, aut novissimo anno nondum exacto solutum sit, qua de re consule Duar. ad *d. loc.*

(*l*) *d. l. un.* §. *accedit*, 13. C. *de rei ux. act.*

(*m*) Comprehensa in *d. l. un.* *&* §. *fuerat*, 29. *Instit. de act.*

(*n*) Cujus rei commoda, exempli gratia, ut usuræ ex mora debeantur. *d. l. un.* §. *cum autem*, *vers. actio*. sicut in ceteris bonæ fidei judiciis, *l. mora*, 32. §. 2. *de usur.* item ut dolus jurejurando in litem coerceatur. *l.* 25. §. 1. *sol. matr. l.* 5. *de in lit. jur.*

(*o*) Ut loquitur Imp. in *l. ult.* Cod. *qui pot. in pign.* idest, simili privilegio juris munitis, sive tacitam, ut loquuntur, anteriorem habentibus; ut recte hoc interpretatur Don. *ibid.* addens insuper, etsi contrarium constitutum esset, tamen officium esse boni Principis eam legem abrogare, & recte. Quid enim iniquius, quam jus, quod quis vigilantia sibi peperit, ei sine culpa sua auferre? sed & rescriptum est, non esse moris principum, beneficia tribuere in alterius injuriam. *l.* 4. C. *de emanc. lib.* non desunt tamen qui etiam expressam habentibus mulierem præferunt. Vid. allegatos a Treutl. *disp.* 24. *Thes.* 6. *par.* 2.

in M, quod facere potest. Est & mulieri in rem actio, qua rem suam vindicare a quibuscumque possessoribus potest, posthabita omnia creditorum prærogativa, sed huic actioni tunc solum locus est, cum species certa in dotem data repetitur (*p*).

Sed quid? nihil ne ex adverso a muliere marito ex hac obligatione præstandum est? Sane vero est, quamquam id aliis actionibus petatur. Primum fructus, si his stantibus fundum mulier recepit, & pro portione debita marito (*q*) cavit; nam fructus pendentes tempore soluti matrimonii dividi debere inter maritum, & uxorem placuit. Impensarum quoque in res dotales factarum ratio habetur, & si quidem in (*r*) perpetuam dotis utilitatem cesserunt, deducere eas maritus potest. Quæ vero ad fructum præsentis anni causa factæ sunt duntaxat, cum fructibus (*s*) compensantur; si fructus dividui priusquod impensum est (*t*) deducitur. Reliquæ impensæ (*u*) necessariæ in ea causa sunt, ut eas maritus suo sumptu facere debeat. De utilibus hic jus est, ut eas consequatur, si aut voluntate mulieris factæ sint, aut (*x*) aliunde solvi possint. Impensarum autem consequendarum nomine nulla est, ut (*y*) olim, dotis retentio, sed consequitur eas maritus aut (*z*) actione mandati, aut negotiorum gestorum. Voluptariæ impensæ, si separationem recipiunt, tolli sine rei dotalis damno possunt †

CAPUT XXVI.

De donatione propter nuptias, & sponsalitia largitate.

PRoxima est, atque affinis dotis donatio propter nuptias; nam sicut uxor dat viro dotem tam ante, quam post nuptias, ita maritus etiam contracto jam matrimonio ad remunerandum dotem recte donat (*a*) uxori. Sic igitur donatio hæc definiatur. Donatio propter nuptias est, qua res a marito uxori datur, ut ejus fiat, idque propter nuptias ad compensandam dotem. Datur propter (*b*) nuptias similiter, ut dos, cui consequens est, ut matrimonio, aut (*c*) sequuto, aut dissoluto, repeti res donatæ possint, nisi aliud placuerit. Effectus hujus donationis præcipuus hic, quod dos mulieri fit cautior; datur enim, ut ipsius interim fiat, proinde & (*d*) vindicare eas res potest; & si forte maritus dotem consumpserit, ipsa res mobiles donatas possidere, & sibi custodire non (*e*) prohibetur, ut in omnem eventum magis prospiciatur mulieri hac donatione, quam hypothecaria in bonis mariti. De fructibus rei donatæ dubitatum utri acquirantur; sed humanius est, & æquitatis rationi magis subnixum, ut maritus fructus percipiat, alioqui commodo dotis (*f*) cariturus. Apparet autem donationem hanc non esse simplicem, quales inter virum, & uxorem jure civili prohibentur, sed quasi (*g*) ἀντίφερνα posse intelligi. Conventio hic eadem, quæ in dote. Hinc restituendi obligatio (sed quæ ex re tradita initium capiat) & actio marito in personam adversus mulierem ad res donatas, soluto matrimonio, repetendas; in qua repetitione eadem omnia locum habent, quæ in restitutione dotis, si privilegia exceperis. Sed & in rem actio exemplo dotis (*h*) marito competit. In summa dos, & donatio propter nuptias communem habere (*i*) dicuntur substantiam, & æquis passibus ambulare. Est & aliud genus donationis, quæ sponsalitia dicitur, quæ ab illa nuptiali plurimum (*k*) differt. Illa etiam fit inter conjuges, hæc inter sponsos tantum, illa soluto matrimonio condicitur, hæc vera est,

(*p*) *l. in rebus*, 30. C. *hoc tit.* Vid. Gom. in *l. Tauri*, 50. *& seq.* cessat item hic beneficium mariti.

(*q*) *l. 7. §. interdum*, 15. *sol. matr.* At qua actione? ex stipulatu, aut præscript. verb. omissa cautione, nulla horum fructuum repetitio est. *arg. l.* 11. C. *de rei vind.*

(*r*) *l. 3. de impen. in rem dotal.* deque hujusmodi impensis accipiendum est quod veteres dicunt de diminutione dotis. *l. pen. d. tit.*

(*s*) *l. 7. §. ult. sol. matr. l. 3. de imp. in rem. dot.*

(*t*) Deinde reliquum dividitur. *d. l. 7. in pr.*

(*u*) Cujus generis quales sint cognosces ex *l. pen. & ult.* ubi hoc traditur.

(*x*) Ne alioqui cogatur mulier rem vendere. *l.* 8. de *impens.*

(*y*) *d. l. 8. & seq.* Hoc amplius placebat, necessarias impensas ipso jure dotem, non corpora dotalia minuere; ut ubi pecunia esset, aut res æstimata in dotem data, ibi deminutio fieret per compensationem, ubi corpora per retentionem. *l. 5. in pr. d. tit.* sed & soluta dote omissæ condici poterant. §. 2. *d. l.*

(*z*) *d. l. un. §. taceat*, 5. compensationem tamen cum pecunia sublatam esse non dixerim. Vid. Pac. 5. *quæst.* 65.

† *l. 9. de impens. dict. l. un. §. taceat*. Genera impensarum satis dilucide explicantur in *d. tit. de imp. in rem dotal.*

(*a*) *l. ult.* C. *de don. ante nupt. §. est & aliud*, 3. *Inst. de don.*

(*b*) *d. l. ult.* Et quoniam etiam constante matrimonio fieri, atque augeri potest, non ante nuptias, sed propter nuptias eam appellari Just. voluit *d. l. ult. & d. §.* 3.

(*c*) Nec enim magis, quam dos sine matrimonio esse potest. *d. l. ult.*

(*d*) Vindicatio in hac donatione nominatim mulieri tribuitur. Nov. *ut immob. ant. nupt* 61. *c.* 1. *Authen. permissa.* C. *hoc eodem tit.*

(*e*) *l. ubi adhuc*, 29. *de jur. dot.* Et sicut uxor sine causa divertens dotem, ita maritus hanc donationem amittit. *l.* 8. C. *de repud.*

(*f*) *Arg. d. l.* 29. Hot. ad *d. §.* 3. Duar. in *rub. sol. matr. ad hunc tit.* Gomes. ad *l. Tauri*, 50. *& seq. numer.* 11.

(*g*) Idest ea, quæ vice mutua pro dote dantur. *d. l. ult.* C. *hoc tit.*

(*h*) Quasi res donatæ permanserint in ejus dominio, exemplo dotis, *arg. d. l. ult.*

(*i*) Id, quod satis arguit *tit.* C. *de donat. propter nupt. & sponsalitiis.* vid. porro *l.* 1. *in fin. ff. de don. & l.* 12.

(*k*) *l. cum veterum*, 13. *& l. si a sponsa*, *& seq.* C. *hoc tit.* adde insuper Duar. in *rubr. sol. matr.* C. *de spons. donat.* Tuning. ad §. 3. *Inst. de donat.*

est, perpetuaque donatio, quæ nisi ob ingratitudinem non revocatur, tacitam tamen conditionem habet, si nuptiæ sequantur. Hinc doti æqualem esse necesse non est, illa doti & in pactis, & in quantitate respondere (*l*) debet, quamquam hanc exæquationem jampridem repudiavit publica (*m*) consuetudo.

CAPUT XXVII.

De repetitione rerum ob causam præteritam datarum, in quo est & condictio indebiti.

Atque hoc primum genus est eorum contractuum, qui re fiunt, in quo genere res eadem restituenda est, quæ data erat, conventione non quidem verbis expressa, sed nomine contractus inclusa; ut proinde vim, & potestatem nominum ex uniuscujusque definitione nosci oportuerit. Alterum genus erat, in quo citra verbi significationem conventio de eadem re reddenda ex mente contrahentium colligitur. In hoc genere sunt duo: data ob causam, quatenus de his repetendis agitur, tum precarium. De repetitione ob causam datorum duplex est quæstio; una de causa repetitionis; altera de ipsa repetitione. Principio, ut est causa dandi, ita vel datur, vel cessat repetitio. Datur aut ob causam (*n*) præteritam; aut ob futuram. Causa præterita est aut voluntaria, quæ dantem non obligat, etsi vera sit, aut necessaria, quæ, si vera est, damni necessitatem adjunctam habet. Ob causam voluntariam præteritam quod datum est, non repetitur, quia nullo jure cogente † datur; ut puta dedi tibi decem, hac ratione adiecta, quia negotia mea bene curasti; sive (*o*) vera, sive falsa causa deprehendatur, datum non repeto; secus tamen est, si causa (*p*) conditionaliter enuntietur; ita enim jus est in falsa causa ultimis voluntatibus (*q*) adjecta.

Quod ob causam necessariam præteritam datum est, seu ita datum, tamquam debitum esset, ita repeti non potest, si causa, ob quam datum est, vera fuit; sin falsa, repeti potest certis conditionibus. Actio in eam rem condictio (*r*) indebiti, idest indebiti soluti repetitio. Summa juris de hac condictione hæc est: indebitum per errorem facti solutum repeti potest. Definitio hæc quatuor continet, quæ totidem si concurrunt, repetitioni locus est; si quid horum deest, cessat dari repetitio. Primum est, ut quid sit solutum, sive (*s*) naturaliter datum, & præstitum solutionis causa, tamquam debitum. Hoc eo pertinet, tum ut intelligatur, si qua hic obligatio contrahitur, eam re contrahi, tum ut hac nota species hæc distinguatur a (*t*) superiore, in qua quod datur, datur ob causam quidem præteritam, sed voluntariam; secundum est, ut sit indebitum. Debiti soluti, sive civiliter, & (*u*) efficaciter debeatur, sive (*x*) natura tantum, nulla est repetitio. Naturaliter autem debitum hic accipimus, quod ex (*y*) ea obligatione naturali debetur, quæ veræ, & efficacis obligationis effectus omnes habet, dempta una actione. Indebiti duo genera; unum, quod omnino non debetur, cujusmodi est, cum aut nulla præcessit debendi causa, aut quæ præcessit, jure inutilis est, ita ut nec natura æquum sit deberi; puta si aut promissum non est, ut promissum inutiliter, vel si quid sub (*z*) conditione debetur. Alterum, cum quid jure civili peti potest, sed actio per exceptionem perpetuam, ejus, cum quo agitur causa com-

---

(*l*) *Nov. de æqual. dot. & donat. propter nupt.* 97.

(*m*) Et doarium, seu dotalitium receptum, quod moribus nostris, mortuo marito, acquiritur uxori.

(*n*) In *l. damus*, 52. *de cond. ind. & l.* 1. *de cond. ob tur.* Distinctio his verbis exprimitur, ut dicatur omne, quod ita datur, aut ob causam dari, aut ob rem, ob causam scilicet præteritam, ob rem futuram, verbis per se generalibus ad species docendi gratia contractis.

† *d. l.* 52. *l. in summa*, 65. §. 2. *de cond. ind.* quippe donari videtur quod nullo jure cogente conceditur. *l. donari*, 82. *de reg. jur.*

(*o*) Si vera? etiamsi turpis, non repeto. *l.* 5. *Cod. de cond. ob turp. cau.*

(*p*) Nam talis enunciatio causam finalem continet; ac de ea demum accipiendum est quod vulgo dicitur, cessante causa, cessare effectum. *l.* 32. *de pact.* ad superiorem illam, quæ tantum impulsiva est, hoc non pertinet. *l.* 2. §. *ult.* junct. *l.* 3. *de donat.*

(*q*) §. *longe*, 31. *Inst. de leg. l.* 17. §. *pen. de cond. & dem.* dixi *c.* 54. *lib. superioris.*

(*r*) De qua sunt *tit.* in ff. & C. *de cond. ind.* Extat autem subjecta definitio in §. 1. *Inst. quib. mod. re cont. obl. l.* 1. C. *hoc tit. l.* 6. & *seq.* ff. *eod.*

(*s*) Id enim significat verbum *solvere l. soluta*, 49. *de solut.*

(*t*) Item a transactione, in qua quod datur, non datur tamquam ante debitum, sed ob causam futuram; nempe ut a lite discedatur. *l.* 1. *de transf.*

(*u*) De civili debito nulla dubitatio esse potest, si purum est. *l. cedere diem*, 212. *de verb. sign.* at quid si in diem? & ne id quidem repeti posse diserte scriptum est in *l.* 10. *hoc tit.* quoniam & nunc debitum est, & certum est futurum, ut postea exigi possit. De interusurio autem medii temporis, an id saltem repeti possit, quæsitum est; & cum hæc condictio sit ex bono, & æquo, ne alter cum alterius jactura locupletetur, putarem recte defendi posse, saltem in tantum accipientem teneri, in quantum locupletior factus est. *arg. l.* 14. & *l. pen.* ff. *hoc tit.* junct. §. *si quis agens*, 33. *vers. plus autem. Inst. de act.* Vid. & quæ ex Jas. notat Goth. ad *d. l.* 10.

(*x*) Sicut innumeris locis traditum est. *l.* 13. *l. si pœne*, 19. *l. frater*, 38. *hoc tit. l.* 9. *in fin. & l. seq. de S. C. Mac.*

(*y*) Alioqui secus est; finge pupillum, quod sine tutoris auctoritate promiserat, solvisse, dicimus, esse repetitionem. *l. quod pupillus*, 41. ff. *h. tit. l. pupillus*, 59. *de obl. & act.* scilicet, quia naturalis pupilli obligatio, in re, quæ pupillo noceat, Juris civilis auxilio in totum destituitur, eoque intuitu ne natura quidem debere dicitur in *dd. loc.* recole *c.* 2. *sup.*

(*z*) *l.* 16. ff. *eod.* Dies vero incertus, quem certum est venturum esse, conditionem non facit. *d. l.* 16. & *du. seq. eod.*

comparatam infirmatur (*a*). Duo hic exigimus; primum, ut sit exceptio perpetua; quales sunt, quæ a Justiniano (*b*) enumerantur: quod metus causa, doli mali, pecuniæ non numeratæ, pacti conventi, rei judicatæ, jurisjurandi; temporalis (*c*) exceptio nihil auxiliatur repetitioni; secundum, ut exceptio comparata sit ejus, unde petitur, gratia, non in odium ejus, cui debetur, (*d*) constituta. Qui exceptionem habet non sua causa, sed in odium creditoris constitutam, vel quod idem est, pœnæ causa ejus, cui debetur, perperam solum repetere non potest; nempe ideo, quia naturalis obligatio (*e*) manet. At quæ sunt istæ exceptiones, quas reorum causa, non in odium creditoris comparatas dicimus? Dicendum est in hac causa esse omnes, quæ a Justiniano proponuntur, & si quæ sunt aliæ, excepta una Senatusconsulti Macedoniani, quod verbis Senatusconsulti diserte est expressum. Explodatur igitur eorum error, qui præter illam Macedoniani etiam duas alias excipiunt, exceptionem doli, & rei judicatæ (*f*).

Tertium exigimus ad causam soluti repetendi, ut indebitum solutum sit per errorem. Si quis sciens solvit (*g*), cessat repetitio, nisi solverit hac conditione, ut, si apparuisset esse indebitum, (*h*) reddatur; cujus enim per errorem dati repetitio est; ejus consulto dati (*i*) donatio est: donati autem repetitio nulla. Quid si titubante animo solutum sit? Placuit dubitanti non minus, quam erranti (*k*) repetitionem dandam. Postremum est, ut solutum sit per errorem facti, non juris. Per errorem facti solvit, qui putat (*l*) causam debendi præcessisse, quæ nulla præcessit; neque hic locum habere potest error juris. Quod si præcessit causa, sed quæ aut ab initio non constitit, aut propter exceptionem postea natam effectu caruit, adhuc dicimus errorem facti esse, si is, qui solvit, factum illud, propter quod non debuit, ignoravit: sin scivit, & nihilominus putavit se debere, jam in jure errat, cui errori cum apertissimis (*m*) locis denegetur repetitio, certum est eos locos, in quibus simpliciter, & generaliter definitur, solutum per errorem repeti posse, de errore facti esse (*n*) accipiendos. Et vero merito in omni parte error in jure non eodem loco, quo facti ignorantia habetur; cum jus finitum sit, & tale, quod scire omnes & possunt, & debent; facti autem interpretatio plerumque etiam prudentissimos (*o*) fallat. Sit igitur hoc positum: indebitum per errorem facti solutum repeti posse. Una tantum hujus regulæ exceptio est in iis causis, ex quibus in actiones inficiantem duplicantur. Sic namque (*p*) veteres definierunt, ex quibus causis inficiando lis crescit, ex iis causis solutum per errorem repeti non (*q*) posse. Hujusmodi causæ sunt (*r*) tres: actio depositi miserabilis, actio damni injuriæ, actio legatorum Ecclesiis, Xenodochiis, aut aliis locis pietatis, aut religionis intuitu relictorum. Porro non est ignorandum, regulam de errore juris conceptam non pertinere ad eos, quibus jus ignorare permissum est, ut sint minores, feminæ, milites, rustici; de quibus dictum est in Isagoge.

Constituta ex suis causis indebiti repetitione, videamus unde nascatur hæc obligatio; & traditum est, eum, qui indebitum solutum per errorem accepit, re obligari: & de eadem re restituenda teneri actione condictitia, perinde ac si mutuum (*f*) accepisset. Conventio ex mente dantis, & accipientis ratione colligitur; nam qui indebitum solvit, verbo solvendi significat, se quod dat, ideo dare, quia est debitum, ac proinde sub conditione, si est (*t*) debitum; si non est, dare nolle; qui acci-

(*a*) *l. qui exceptionem*, 40. *in pr. ff. hoc tit.*

(*b*) *Inst. de except. in pr. & deinceps.*

(*c*) Qualis est, si convenerit, ne intra certum tempus peteretur. §. *temporales*. *Inst. d. tit.* add. *l.* 8. *& seq. h. t.*

(*d*) *d. l. qui exceptionem*. *ff. hoc tit. l.* 9. *in fin. de S. C. Maced.*

(*e*) Ratio reddita in *d. l.* 9. *in fin. & in l. seq. de S. C. Maced.* item in *l. si pœna*, 19. *hoc tit.*

(*f*) Quam utramque earum numero diserte adscribit Justinianus, quæ reorum defendendorum gratia comparatæ sunt. §. 1. & 5. *Inst. d. tit.*

(*g*) *l.* 1. *l. judex*, 28. *ff. l. indebitum*. C. *hoc tit.*

(*h*) Tum enim negotium contractum est inter dantem & accipientem. *l.* 2. *ff. eod. l.* 7. C. *de cond. ob ca. dat.*

(*i*) *l. cujus*. 53. *de reg. jur.* junct. *l.* 6. & *d. l.* 7. C. *dict. tit.*

(*k*) *l. ult.* C. *hoc tit.* Neque enim dici potest, dubitantem aut animum habere donandi, aut transigere voluisse, nullo retento, aut promisso. Duar. *c.* 3. *hoc tit.*

(*l*) Generaliter error facti dicitur, cum aut quod factum est factum nescitur, aut quod factum non est, factum putatur; contra qui factum quid esse scit, aut non esse factum, & tamen ignorat quid hic sibi jure tribuatur, is in jure erat; res exemplis declaratur in *l.* 1. *ff. de jur. & fact. ign.* vid. *c.* 5. *in Aditu.*

(*m*) *l. error.* 9 C. *ad l. Falc. l. cum quis*, 10. C. *de jur. & fact. ignor. l.* 9. §. *si quis jus. vers. quod. si ideo. ff eod. tit.* item in *l.* 6. & 7. C. *hoc tit.* nominatim datur condictio hac conditione, si solutum sit per errorem facti.

(*n*) Vid. Baron. ad §. 1. *Inst. quib. mod. re cont. obl.* Duar. *d. c.* 3. Pet. Fab. ad *l.* 53. *de reg. jur.*

(*o*) Sicut Neratius respondit in *l.* 2. *ff. de jur. & fact. ign.*

(*p*) *l.* 4. C. *hoc tit.* §. *ult. Inst. de oblig. quæ quas. ex contr.*

(*q*) Quasi quod ante confessionem debitum non erat, ex confessione sola deberi incipiat. Quicumque igitur debitor ex his causis re parum prudenter perpensa, ut periculum dupli quasi transigendo a se amoveat, confessus erit, id ipsum suæ temeritati adscribere debet.

(*r*) Comprehensæ in §. *sed furti*, 26. *Instit. de act.* add. *l.* 1. §. 1. *depos. l.* 23. §. *hæc actio. ad l. Aquil.*

(*f*) In §. 1. *Inst. quib. mod. re cont. obl.*

(*t*) Quæ conditio natura in hoc verbo inest; cum non possit solvi, nisi quod debetur.

accipit, ea conditione accipere existimatur, ut alienum nihil injuria apud se esse patiatur. Quæ res mutuum consensum, & (*u*) conventionem efficit; & hoc est, quod Julianus ait, eum, qui indebitum solvit, hoc ipso aliquid negotii (*x*) gerere. Si igitur obligatio indebiti nascitur ex negotio inter solventem, & accipientem gesto, ita ut initium ex re data, & tradita capiat, non ineleganter defendi potest, condictionem hanc esse ex contractu, interque eos contractus referendam, qui re perficiuntur; quod & a priscis juris auctoribus factum esse, & ab ipso Justiniano (*y*) constat; quamvis is in Caji sententiam magis propendeat, qui eam ex quasi contractu descendere opinatur; nimirum spectans non quod re vera est, sed quod videtur; animum nempe, & cogitationem distrahendæ (*z*) obligationis; at verendum, ne hunc animum spectare nos vetet & ratio erroris facti, & sententia solventis. Nunc cui, adversus quem, quæ de re condictio competat, videndum.

Datur ei, qui non debitum solvit suo nomine. Quod si tutor nomine pupilli, fidejussor nomine promissoris, procurator, cui specialiter mandatum erat, nomine domini indebitum solverint, pupillo, promissori, domino condictio (*a*) dabitur. Interdum & alii, quam ei, qui suo nomine solvit, datur; veluti si ex testamento quid solutum sit ab eo, cui hæreditas deinde evicta est; quo casu condictio acquiritur (*b*) iis, ad quos hæreditas rediit. Is hac condictione tenetur, cui pecunia quoquo modo soluta est; sed si alii soluta est nomine, & mandatu meo, ego (*c*) tenebor. Veniunt in hanc repetitionem & res principalis debita, & accessiones. Res debita aut est eadem, aut alia. Eadem semper condici potest, si extet, aut is, qui accepit, ex ea (*d*) locupletior factus sit; si amissa est ante moram, aut deterior facta, quamvis (*e*) facto accipientis, dantis detrimentum est. At vero si natura rei non patitur, eamdem rem, quæ soluta est, restitui, aliud condici debet. Non patitur tum in operis indebitis patrono per errorem solutis, in quibus æstimationem condici (*f*) placet; tum in rebus, quæ pondere, numero, mensurave (*g*) constant, quarum natura hæc est, ut eorum dominio translato, reddatur tantumdem; cui jam & illud consequens est, ut periculum harum rerum transeat in accipientem. Duabus rebus disjunctim promissis, si debitor ignorans utrumque simul solverit, utram velit ipse (*h*) repetet; quoniam & ab initio utram vellet solvendi electionem habuit. Quid ergo si pro re debita, alia majoris pretii, aut quantitatis soluta sit? Si pars commode recipi potest, pars dumtaxat repetenda est; veluti si res solutæ pondere, numero, mensura constant, aut fundus æstimatus; sin fundus, aut res similes non æstimatæ solutæ erunt, totum, quod datum est, repeti debet, ne aliter injuria afficiatur (*i*).

Præter rem ipsam debitam & accessiones in condictionem veniunt. Accessiones generaliter accipimus ea omnia, quæ ad eum, cui indebitum solutum est, ex re soluta (*k*) pervenerunt. In quo duo singularia; primum, quod in hanc actionem fructus veniunt jam inde ab initio, ex quo sunt percepti, cum in ceteris causis non veniant nisi ex mora, ac ne ex mora quidem in (*l*) strictis judiciis; alterum quod pretium rei distractæ, licet ea ante moram perierit, restituendum est, aliter atque ex ceteris † causis; quippe cum hæc condictio ex bono, & æquo introducta sit, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur (*m*), revocare consuevit. Non ultra tamen condictio competit, quatenus is, qui

(*u*) Nec movere debet, quod conventio non exprimitur; siquidem non minus valet quod tacite agitur, quam quod verbis nuncupatur. *l.* 4. *de pact. l.* 3. *de reb. cred.* itaque in hac ipsa causa respondit Pomp. in *l.* 14. §. 2. *comm*

(*x*) Inest, cum eo, cui solvit, negotium contrahere, ex quo nascatur obligatio. *l. si in area*, 33. *ff. hoc tit.* idque perpetuo significat J. C. cum dicunt, negotium invicem geri. *l.* 17. §. 3. *comm. l.* 15. *in fin. de pres. verb.* eum autem etiam Juliani sensum esse in d. *l.* 33. plusquam manifestum est.

(*y*) Ex collatione *tit. ff. & C. de cond. ind. & d.* §. 1. *Inst. quib. mod. re cont. obl.*

(*z*) Quodque is, qui indebitum solvit, non hac mente pecuniam det, ut accipientem obliget; sed huic objectioni in re simili ex professo occurrit Pomp. *d. l.* 14. §. 2. *commod.* nempe rarum non esse, ut extra id, quod agitur, tacita nascatur obligatio; exemplo hujus conditionis.

(*a*) *l. cum indebitum*, 57. *l. indebitum*, 47. *l.* 6. *in pr. hoc tit.*

(*b*) Aut pupillo, minorive, qui se abstinuerunt. *l.* 2. 3. 4. 5. *eod.*

(*c*) *l.* 6. *junct. l. his solis*, 49. *eod.*

(*d*) *l. si non fortem*, 26. §. *libertus*, 12. *vers. ut puta fundum.*

(*e*) Puta si servum acceptum manumiserit, minimove distraxerit. *d.* § *libertus*. Multo igitur magis, si res casu perierit, pretium tamen rei distractæ restituendum est, ut mox dicetur.

(*f*) *d. l. si non fortem*. §. *libertus*.

(*g*) Quod non obscure significatur in *l.* 7. *eodem*.

(*h*) Ulpianus, & alii veteres creditori arbitrium dabant, cujus sententiæ tenue vestigium apparet in *d. l. si non fortem*. § *si decem*, 13. sed Justin. contrariam Papin. & Juliani sententiam confirmavit. *l. pen. C. hoc tit.*

(*i*) Quod autem datum est, retinebitur, donec debita pecunia solvatur. Extat hæc distinctio, ejusque ratio in *d. l. si non fortem*. §. 4.

(*k*) Exempla passim obvia in *hoc tit. l.* 15. *d. l. si non fortem*. §. *libertus*. *l. in summa*, 65. § *pen.*

(*l*) *d. l.* 15. junct. *l. videamus* §. *si actionem*, 7. *de usur.*

† *d. l. si non fortem*. §. *libertus*. junct. *l. venditor*, 21. *de hered. vel act. vend.*

(*m*) *l. pen. hoc tit.* In ceteris autem causis petimus aut quod nostrum non fuit, aut si fuit, ad alios ex justa causa consensu nostro pervenit; quod innuitur in *d. l.* 38. §. 7. *de usur.*

qui accepit, locupletior (*n*) factus est; qua de causa nec usuræ, ne ex tempore quidem litis (*o*) contestatæ, hoc judicio præstantur.

CAPUT XXVIII.

De repetitione datorum ob causam futuram, eamque non inhonestam.

Est, ut proposui, similis quædam obligatio in iis, quæ dantur ob causam futuram: nam & in his, si causa sequuta sit, cessat repetitio; si non sit sequuta, locus est repetitioni. Obligatio ex re, eademque multo magis ex contractu, quam superior. Sed neutrum illud perpetuum est. Causa futura vel est non inhonesta, vel turpis: si quid ob causam futuram non inhonestam datum est, ea sequuta non contra (*p*) voluntatem dantis, repetitio cessat; contra, si non sequuta sit causa, repeti (*q*) potest. Ut igitur repetitioni locus sit, quatuor exiguntur; ut quid datum sit, ut ob causam futuram, non inhonestam, non sequutam. Datum hic accipimus, sive quid naturaliter detur, sive debitum (*r*) remittatur. Causam futuram intelligimus aut verbis expressam, aut ipso nomine dati comprehensam; exempli gratia, cum dos sponso datur; hic etiamsi nihil adjiciatur amplius, tamen verbo dotis intelligimus, subesse conditionem, si nuptiæ sequantur; ideoque, nuptiis non sequutis, recte placet dati esse (*s*) repetitionem, quasi causa data, causa non sequuta. Causam non inhonestam esse oportet; nam ob turpem (*t*) causam quod datum est, etiam causa non sequuta sæpe repeti non potest. Postremo exigitur, ut ne causa sequuta sit. Causæ non sequutæ duplex est consideratio: aut enim non sequuta impleri amplius non potest; aut contra. Rursus, ut impleri amplius non possit, dupliciter (*u*) accidit; culpa, & facto accipientis, aut casu. De utroque hoc modo in universum pronunciamus, sive culpa accipientis causa sequuta non sit, sive casu, causa in factum accipientis collata (*x*), esse repetitionem; contra, si collata sit in potestatem accipientis, cessare, si per eum non stetit, quominus sequeretur (*y*). Si causa non sequuta impleri adhuc potest, licebit danti pœnitere, & obrenunciare accipienti; quo facto, si nihilominus impleverit (*z*), nihil hoc ei proderit ad dati retentionem. At enim traditum est, neminem semel constitutæ obligationi invito adversario renunciare posse. At, inquam, qui ex pœnitentia, rebus integris, repetit, quod dedit, non potest dici renunciare obligationi constitutæ, cum nulla prius dati obligatione (*a*) teneretur. De illo ambigi potest, liceat ne hæredibus eodem jure uti; sed magis est, ne liceat, quasi pœnitendi facultas (*b*) personæ defuncti cohæreat. Ceterum is, qui accepit, potestatem implendæ causæ post litem contestatam eam (*c*) amittit.

Sunt tamen nonnulli casus, in quibus etiam causa non sequuta inhibetur repetitio. Hi partim tum, cum causa impleri amplius non potest; partim cum adhuc potest impleri. In priore genere sunt duo: voluntas dantis, & accipientis incommodum. Ad voluntatem dantis duæ species datorum pertinent; si quid sciens dedit ob causam (*d*) impossibilem; si sponsus sponsæ dederit, aut contra. Ob causam impossibilem datur, cui, quominus fiat, jus, aut natura impedimento est. Qui igitur dedit ob causam, quam sciebat impossibilem esse, idcirco non repetit, quia non hoc animo fuit, ut accipientem sibi obligaret; secus est, si (*e*) ignoravit. Quod sponsus sponsæ, aut contra donavit, si culpa accipientis acciderit, ut nuptiæ sequutæ non sint, repeti non potest: tametsi verum sit ob causam matrimonii, quod sequutum non est, datum esse. Et hoc ex voluntate, & affectu dantis sumptum, quasi

(*n*) Puta ut fructus restituat, sed eos tantum, quos percepit. *d. l.* 15. item pretium, quod consequutus est, etsi eam minimo vendidit. *d. l. si non sort.* §. *libertus*.

(*o*) *l.* 1. C. *hoc tit.* ubi vid. quæ tradit Gloss.

(*p*) Rebus integris interpositam *l.* 1. ff. *hoc tit. de cond. ob. dat. ca. non sequ. l.* 5. §. 1. *eod.*

(*q*) Regula multis locis tradita, cujus tot fere sunt exempla, quot rescripta in Cod. *hoc tit. de cond. ob caus. dat.*

(*r*) Remissio debiti similis est dationi. Fac creditorem, cui decem debebantur, ea debitori suo accepto tulisse, ea lege, ut expromissorem daret; si non dederit, quod accepto latum est, ei condici potest. *l.* 10. ff. *eodem*.

(*s*) *l.* 1. C. *eod. l. dotis*, 68. ff. *de jur. dot.* add. *l.* 6. ff. *hoc tit.* Quod si nulla causa significata erit, cessabit repetitio; exempl. in *l.* 7. *eod.*

(*t*) De quo genere dicitur in extremo hujus *cap.*

(*u*) Tradita est hæc distinctio in *l. pen* C. *hoc tit.*

(*x*) De culpa nulla est dubitatio. *l.* 8. *l. pen. & ult.* C. *l.* 3. §. 3. *l.* 5. *ult.* ff. *eod.* sed neque de causa in casum collata. *l.* 6. ff. *l.* 2. & 5. C. *eod.*

(*y*) Sententia communis, non solum regula generali, quæ est de interitu rerum debitarum. *l.* 5. ff *si cert. petat. l.* 23. *de verb. obl.* confirmata; verum etiam locis minime obscuris prodita. *l.* 5. §. 1. *de præs. verb. d. l.* 3. §. 3. ff. *l. pen.* C. *hoc tit.* Vid. Cabot. 2. *dup.* 29.

(*z*) *d. l.* 3. §. 2. *l.* 5. *in pr.* & §. 1. ff. *eod. hoc tit.*

(*a*) Neque dando id egit, ut se alii obligaret, sed ut alium sibi. Aliud juris est in contractibus nominatis, u mox demonstrabitur. Vid. Ant. Fab. 45. *con.* 8. Gom. 2. *res.* 8. *n.* 3.

(*b*) Cui nominatim tribuitur. *d. l.* 3. §. 2. *l.* 5. *in pr* Plane si causa sequuta non est, jus erit hæredi condicere quippe qui in jus omne defuncti non personale succedat; *l. hæres*, 37. *de acqu. hæred.*

(*c*) *l.* 9. *l. insulam*, 84. ff. *de verb. obl.*

(*d*) *l.* 8. C. *hoc tit* Ratio est in *l. non solum*, 31. ff *de obl. & act.*

(*e*) *l* 6. C. *l.* 3. §. 5. ff. *hoc tit.* quomodo accipienda est *l.* 1. Cod. *eod.* minime vero obstat *l.* 5. Cod. *eod.* siquidem miles non prohibetur absolute procurator esse, sed si adversarius eum removeat exceptione. *l.* 8. §. 2. *de procur.*

quasi eo animo datum sit, ut si quid culpa ejus accedit, non (*f*) repeteretur. Incommodum accipientis tum vertitur, cum res, quam ille dare, aut manumittere debuit, occasione conventionis periit (*g*).

In posteriore genere causæ sunt quatuor; duæ a dante, & totidem ab accipiente. A dante, una, si is obligatus fuit ad dandum quod dedit, ita ut ni daret, ultro ab eo peti posset; si vendidit puta, & tradidit. Ex hac causa, & similibus contractibus, qui in proprium nomen transeunt, quod datum est; revocare ex (*h*) pœnitentia non licet, obstante videlicet præcedente obligatione, quæ pœnitentiam non recipit: eorum vero contractuum, qui in aliud nomen non transeunt, natura hæc est, ut danti, rebus integris, pœnitere liceat; contraria nimirum ratione, quia cum ad dandum obstrictus non fuerit, nec ad datum relinquendum, quasi prius debuisset, obstringi (*i*) debet. Altera causa a dante est, si is ad causam, quam impedire cogitat, implendam obligatus est, ut accidit in (*k*) donatione, arrhisque sponsalitiis. In accipiente causæ item duæ repetitionem ex pœnitentia summovent; una, si ei desierit res esse integra, propterea quod obligatus jam est ad causam implendam, altera, si ei jam abesse quid cœperit; puta si ad causam inchoandam sumptus necessarios fecerit, ut quantum eo nomine accipienti aberit, tanto minus repeti (*l*) possit. Obligationem ob rem dati ex (*m*) contractu esse negari non potest, si est ex conventione dantis, & accipientis, quamvis ea aperte interposita non sit, sed ex mente tantum, & sententia contrahentium colligatur. Atqui ex iis, quæ homines causam adjiciendo cogitare solent, conjectura hæc voluntatis ducitur, ut datum nolint, si causa non sequatur, ob quam datum est. Contractus ex genere eorum, qui re fiunt; nisi enim res proficiscatur, obligatio non nascitur. Actio ex hac obligatione nata dicitur condictio ob rem causam dati causa non sequuta, aut, ut est inscriptio tituli hujus in ff. condictio causa data causa non sequuta. Datur (*n*) ei tantum, qui ob causam dedit, ei cujus (*o*) nomine, & jussu datum est, non datur; cetera cum conditione indebiti communia.

De causa turpi hoc jus est, ut in hoc toto tractatu non consideretur causa sequuta sit, nec ne: sed res ex ratione turpitudinis pendeat. Si dantis solius, aut amborum turpitudo versatur, (*p*) cessat repetitio, sive causa sequuta sit, sive (*q*) non sit. Dantis turpitudo dupliciter subesse intelligitur; si det, ut turpe aliquid fiat; aut si det, ut delictum (*r*) occultetur. Turpitudo accipientis cum dantis turpitudine semper conjuncta est, una species excepta, cum quis meretrici dat ob stuprum; sic enim veteres existimaverunt, meretricem quidem turpiter facere, quod sit meretrix, sed non (*s*) turpiter accipere, cum sit meretrix. Quod si solius accipientis turpitudo vertatur, convertitur hic jus in contrarium, placetque, omnimodo dati esse repetitionem, sive causa sequuta sit, sive (*t*) non; dictante id juris, & æquitatis ratione, ne cui malitia sua sit lucrosa (*u*).

CAPUT XXIX.

De repetitione rerum mortis causa donatarum; indeque quæsita occasione de revocandis donationibus factis inter vivos.

NOn solum quæ ob causam aperte data sunt, obligationem inducunt ad reddendum; sed & quæ donata sunt, nulla nominatim causa adjecta, suam nonnunquam repetitionem habent, idque ex obligatione, cui res tradita initium præbet. In hoc genere est revocatio eorum, quæ mortis causa donata fiunt; nam eorum revocatio, quæ inter vivos simpliciter

(*f*) Nec a sponso, sponsave, nec ab hæredibus. *l. veterum*, 15. C. *de donat. ante nupt.*

(*g*) Exempla, & ratio in *l.* 5. §. 2. & 3. ff. *hoc titulo*.

(*h*) *l. incivilem*. 12. C. *de rei vind. l.* 3. C. *de contempt.* facit tota *l.* 5. ff. *de praes. verb.*

(*i*) Sicuti non multo ante a nobis ostensum est. *d. l.* 5. & 3. §. 2. *hoc tit.*

(*k*) *d. l.* 15. C. *de don. ante nupt. l.* 3. C. *de spons.*

(*l*) Utriusque causæ exempla tibi suppeditabit *l.* 5. *in pr.* & §. 1. ff. *hoc tit.*

(*m*) Cautum tamen duabus in causis jure singulari, ut qui accepit, utili insuper in rem actione teneatur: si quid donatum est ea lege, ut donanti certa alimenta praeberentur. *l.* 1. Cod. *de donat. quæ sub mod.* Item cum sponsus sponsæ quid donavit, aut contra, & per eum, qui accepit, factum est, quominus nuptiæ sequerentur. *d. l.* 15. C. *de don. ante nupt.*

(*n*) Ejusque hæredibus, sicuti ceteræ actiones in personam. *l.* 2. & 3. Cod. *hoc tit.* adversus eum, qui accepit; & similes. *l.* 49. *de cond. ind.*

(*o*) Quasi qui ob causam alterius nomine dedit, in casum, quo ea non sequeretur, sibi prospicere voluerit. *l.* 7. *in pr. l.* 9. *hoc tit.*

(*p*) *l.* 3. *l.* 4. §. 1. & 3. ff. *l.* 5. C. *hoc tit. de cond. ob turp. caus.*

(*q*) Nec ratio obscura, quippe turpis causa etiam impossibilis habetur, *l.* 15. *de cond. inst.* & laudandus potius est qui a flagitio sibi temperat. *l.* 6. C. *de inst. & subst.*

(*r*) Utriusque generis exempla in *l.* 3. 4. *in pr.* & §. 1. ff. & *l.* 5. C. *hoc tit.*

(*s*) Quasi nullam maculam mercedis acceptio aspergere possit publico prostibulo. Duar. *c.* 4. *hoc tit.* Sed an merces ob expletionem libidinis meretrici promissa exigi possit, dubitatum; & magis est, ut ne possit. *arg. l.* 4. §. 3. *l.* 8. *eod.* Duar. *d. loc.* Con. 5. *com.* 11. contra Bart. & vulg. DD.

(*t*) *l.* 1. *in fin. eod.* Turpiter autem accipere quis intelligitur, non tantum, si quid ei detur, ne fiat, quod jure facere non potest, sed etiam si detur, ut fiat, quod jus eum facere cogit. Exempl. in *l. ult.* ff. *l. pen.* & *ult.* C. *eod.*

(*u*) *l.* 1. *in pr.* ff. *de dolo. l. non fraudatur*, 134. §. 1. *de reg. jur.*

citer donantur, ex delicto donatarii fere nascitur. Attamen, quo totum jus de utroque genere revocationis constitutum penitus intelligatur, licebit hoc loco etiam de revocatione donationis inter vivos agere, & hunc velut excessum superiori generi subjicere.

In primis igitur genera donationum distinguenda; (*x*) donationum quædam fiunt mortis causa, quædam inter vivos. Mortis causa donatio est, quæ ob mortis fit (*y*) suspicionem. Id ex verbis donatoris æstimandum est. Nec enim sufficit ad hanc donationem a moriente, aut in periculo mortis posito quid donatum esse, nisi verbis declaravit, se ob metum præsentis periculi, aut cogitationem mortis (*z*) donasse. Quæ ita facta donatio est, suis de causis revocari potest. Causæ ex natura donationis pendent. Natura similis est tum iis, quæ ob causam dantur, tum legatis. Primum indicat donationis condictio superiore definitione comprehensa; unde ad repetendum (*a*) condictio ob causam dati causa non sequuta. Alterum ex eadem condictione a plerisque (*b*) veterum collectum est, & a Justiniano apertius sancitum. Assumpta igitur natura legatorum, consequens fuit, ut quemadmodum legata a vivo testatore revocari possunt, nec quidquam ex suprema voluntate relictum valet nisi post mortem relinquentis, ita & donationes mortis causa factæ pro arbitrio (*c*) revocare liceat, nec prius ratæ habeantur, quam mors donatoris insequuta sit; & convenienter, ut quibus legari potest, iisdem & donari possit mortis causa; ut quemadmodum nullum legatum, aut suprema testatio valet, nisi minimum quinque testes adfuerint, ita nec hæc donatio; ut sicut legatario substitui potest, ita & donatario; denique ut nec insinuatione in hoc genere donationis sit opus, & perinde, ut legata, lege falcidia imminuatur: quoad cetera fere speciem (*d*) contractus habet. Ex his jam obligatio, revocatioque hujus donationis, cui tres in summa causæ (*e*) faciunt: si donator periculum, quod metuebat, evaserit; si donationem per pœnitentiam infregerit; si donatario supervixerit: quarum duæ priores communes sunt cum iis, quæ aliter ob (*f*) causam dantur; tertia hujus donationis propria (*g*) legatis eam similem facit. Omnia tamen hæc ita, nisi quid aliud in donando (*h*) convenerit. Ad revocandam mortis causa donationem actiones duæ donatori propositæ: una est condictio (*i*) ob rem dati ex obligatione; obligatio ex contractu, quia ex tacita conventione. Contractus ex eorum numero, qui re ad conventionem accedente perficiuntur. Altera est utilis in rem actio adversus quosvis possessores, quæ propter similitudinem cum legatis admissa est, quasi tacito jure dominium ad donatorem redierit, aut ab eo nunquam discesserit (*k*).

Etiam donationem inter vivos factam ex causa revocare licet, sed quæ, ut dixi, ex maleficio donatarii ut plurimum nascatur. Inter vivos donatio est omnis, quæ non fit mortis (*l*) causa. Quod autem inter vivos donatur, id donatur aut causa adjecta, ut quid fiat, aut (*m*) simpliciter. Causa partim nomine donationis comprehenditur, ut in donatione propter nuptias, de cujus repetitione, & obligatione supra cognovimus: partim verbis exprimitur; veluti si quid detur ea lege adjecta: ut quid fiat; quod genus ad ea, quæ ob causam futuram dantur, pertinet. Hinc solum notandum est, duas species ex hoc genere jus singulare (*n*) habere, donationem sponsalitiam, & donationem ita factam, ut donatori

(*x*) Quæ quidem huc pertinent, & communi hoc nomine appellantur. *Inst. hoc tit. de donat. in pr.*

(*y*) Sic describitur hæc species in §. 1. *Instit. eod. tit.*

(*z*) Alioqui non tam mortis causa, quam moriens donasse censetur. Papin. *l. Seja. de mort. ca. don.* Quid si Titio centum donavero præstanda post mortem? & memini, me respondisse, donationem hanc esse inter vivos, ideoque nec legi Falcidiæ in ea esse locum. Tempus enim adjectum differendæ solutionis causa non pertinere ad substantiam donationis. add. Fach. 5. *con.* 22.

(*a*) *l. Senatus*, 35. §. 3. *dict. tit.* junct. *d.* §. 1. *Inst. tit.*

(*b*) *l. illud*, 37. *eod.* §. 1. *Inst. de donat.*

(*c*) *l. non videtur*, 32. *d. tit.* cetera sunt in *l.* 9. *ff. l.* 1. 2. *&* *ult.* Cod. *eod.* Eamdem rationem habet, quod hæc donatio etiam inter conjuges recepta. *l.* 9. *in fin. & du. seqq. de don. int. vir. & ux.*

(*d*) Perficitur inter vivos; potest sic fieri, ut nullo casu revocetur. *l.* 13. potest a filiofam. consensu patris. *l.* 25. *de mort. ca. don.* Vulgo DD. sic distinguunt, cum dicant, donationem hanc habere rationem contractus cum in esse producitur, effectu tamen, & cum in esse producta est, rationem ultimæ voluntatis: quod per omnia verum non esse tum numerus testium, & remissio insinuationis liquido ostendit, tum quod hæ donationes non pendent ab editione hæreditatis.

(*e*) §. 1. *Inst. hoc tit. l.* 16. *l. qui mortis*, 30. *ff. eod. de mort. caus. don.*

(*f*) *l.* 1. §. 1. *de cond. ob turp. caus. l.* 3. *&* 5. *de cond. ca. dat.*

(*g*) Quæ mortuo ante diem cedentem legatario non transmittuntur, *l.* 5. *qua. di leg.*

(*h*) Puta, ut vel ex aliis causis, vel citius, vel omnino non reddatur. *l.* 13. *l. Senatus*, 35. §. 4. *hoc tit.*

(*i*) Causa non sequuta. *d. l. Senatus*. §. 3.

(*k*) *l.* 29. *& seqq. eod.* add. Cujac. 2. *ad Afr. in l.* 23. *eod.* Duar. *c.* 6. *de cond. ca. dat.* Quod si quis non sic dederit, ut statim fieret accipientis, sed tunc demum, cum mors fuerit insequuta, ut fit interdum, directam in rem retinet. *d. l.* 29. At qua actione confirmata donatio petetur ab hæredibus? si in testamento facta est, & actio ex testamento, & vindicatio, & hypothecaria competit. *arg. l.* 1. C. *commun. de leg.* sin minus, saltem vindicatio, utpote dominio rei a morte donatoris statim transeunte. *l.* 1. *in fin. & l. seq. de public.* Vid. Vaud. 2. q. 13. contra quam DD. commun.

(*l*) Sine ulla mortis cogitatione, mentioneque. §. 1. *Instit. hoc tit.*

(*m*) Quæ sola vere, absolute & proprie donatio est, in aliis autem causa, aut conditio adjecta satis indicat nos eo verbo abuti. *l.* 1. *ff. hoc tit. de donat.*

(*n*) Quod & supra adnotavimus ad oram *cap. præced.*

tori certa alimenta præstentur. Hic cum causa sequuta non est, placet eum, qui dedit, donatum repetere posse non tantum condictione, sed etiam utili actione in rem. Simplex donatio non omnino stabilis. Revocatur aut ex eo, quod ab initio iniqua sit, aut ex causis postea intervenientibus. Ab initio iniquæ sunt donationes, quæ fiunt in fraudem aliorum, quos fraudare donatione non oportet. Hoc genus donationum revocandarum duæ causæ sunt; aut quia inofficiosæ, aut quia in fraudem creditorum, patronive factæ. Inofficiosæ sunt, quæ fiunt contra officium pietatis ad intervertendam quartam debitam iis, qui de inofficioso testamento quæri possunt. Sed remittendæ sunt hæ donationes ad querelam inofficiosi testamenti, ad cujus similitudinem revocatio earum (o) inducta est. In fraudem creditorum alienata revocantur actione Pauliana; alienata in fraudem patroni, Faviana, sive (p) Calvisiana. Sed & de hac specie alibi tractabitur latius, ubi de jure creditorum in discutiendis condemnati, aut latitantis debitoris bonis agemus. (q).

Causæ postea emergentes sunt duæ; ingratitudo donatarii, & liberi a donatore postea suscepti. In priore causa quinque sunt consideranda: primum, quæ sint causæ ingratitudinis; secundum, an donatio ex iis revocetur ipso jure, nec ne; tertium, cui competat hæc revocatio, & adversus quos; quartum, an semper competat, etiam consumptis, & alienatis rebus; quintum, cujus generis sit hæc repititio, & obligatio. Principio causæ hæ aut sunt communes, aut propriæ quarumdam personarum; communes sunt (r) quinque: atrox iniquitas (s) donatori facta; manus violentæ, & impiæ (t) illatæ; jacturæ bonorum moles non (u) levis ingesta; periculum vitæ illatum: postremo si donatio facta sit sub certa lege, ut donatarius quid faceret, nec (x) fecerit. Hæc causa ex contractu est, ceteræ ex delicto. Præter has quinque communes duæ (y) propriæ; a liberto, neglectus obsequii, quod patrono debet; a filio, si is totius substantiæ partis jacturam molitus sit, licet non ingesserit. Secundum quæritur, an ipso jure ex his causis donatio infirmetur: dicendum est non revocari ipso jure, sed actionem personalem revocationis gratia donatori esse (z) constitutam. Tertium est adversus quos, & quibus revocatio competat; & certum est non omnibus donatoribus ac hodie quidem competere; excipiuntur duo: mater (a) libidinose vivens; item mater ad secundas transiens nuptias, cui ex tribus tantum causis revocare licet: si filius impias ei manus intulerit; si totius ejus substantiæ jacturam molitus sit; si vitæ ejus fuerit insidiatus. De hæredibus ita jus est: Donatoris hæredibus ita datur, si donator vivus de voluntatis mutatione vel extra judicium testatus (b) sit. Hæredes matris hic excipiuntur, nisi mater ipsa donationem efficaciter revocaverit, aut litem (c) contestata sit. In hæredes donatarii semper datur; utique, si vivus donator mutaverit voluntatem, quamvis donatario jam (d) mortuo. Illud dubitationem non habet, si quid datum sit hac lege, ut quid fieret, conventione neglecta condictionem competere & hæredibus, & adversus hæredes (e) omnimodo. Quarto statuemus, hanc actionem semper competere sive res donatas donatarius possideat, sive facto suo desierit possidere; neque enim in personam actio (f) possessionem desiderat ad hoc, ut debi-

(o) *l. 6. l. ult. C. de inoff. donat.* Quam ob causam etiam tractationi de inofficioso testamento subjiciuntur in C. inspice interim *l. 1. 2. d. l. 5. & l. pen. C. de inoffic. donat.*

(p) Extant de utroque hoc genere revocationis proprii *tit. in ff. si quid in fraud. pat. fact. sit.* item *quæ in fraud. cred.*

(q) Licebit tamen obiter percurrere ea, quæ a VVesemb. aut quo alio interprete notantur ad §. *item. ff. 6. Inst. de act.*

(r) Comprehensæ Constitutione Justin. in *l. ult. C. de revoc. don.*

(s) Ea, quibus ex rebus æstimetur, docebit te §. atrox, 9. *Inst. de injur. l. 7. §. pen. & ult. cum du. ll. seq. ff. eod.*

(t) Quid enim? non puto, eas huc pertinere, nisi forte persona, puta parentis, patroni, aut Magistratus atrocem injuriam faciat. *d. §. 9. d. l. 7. §. ult.*

(u) Quod recte faciunt, qui Judici definiendum relinquunt. *Moz. de don. col. ult. n. 51.*

(x) Secus tamen est, si qua justa causa impedimento fuerit, quominus faceret. Moz. *d. loc. n. 55.*

(y) De priore est in *l. 1. C. hoc tit. de revoc. donat:* de altera in *Auth. quod mater. C. eod.* Quæsitum an propter alias causas donatio revocari possit, quam quæ expressæ sunt in *d. l. ult.* & utique si similes erunt, vel majores, putarem posse. Illud communiter receptum video, ut si is, qui haud levem substantiæ suæ partem in aliquem contulit, postea ceteris facultatibus fuerit exutus, donatarius eum alere saltem ex fructibus rei donatæ teneatur: ni facit, revocari tamquam ab ingrato donationem posse æquissima ratione. *arg. l. 4. de agn. lib.*

(z) *Arg. l. 1. C. hoc tit. l. 11. de reg. jur.* item *l. 10. C. de pact.*

(a) *l. 7. C. hoc tit.* sequens exceptio, & ratio est in *Nov. 22. c. 35.*

(b) Sin tacuit, silentio donationem confirmasse censetur. *l. ult. C. de revoc. don.* Non obstant regulæ juris, quibus traditur, hæredem in omne jus defuncti succedere, item actiones omnes etiam pœnales ex maleficio, excepta una injuriarum, hæredibus competere, nam hæc revocatio non datur simpliciter, sed addita hac conditione, si donatorem pœniteat, si vivus mutet voluntatem. *l. 2. Cod. eod.* quæ conditio voluntate non mutata deficit.

(c) *l. 7. C. eod.* quod speciali ratione constitutum esse ex lectione ejusdem *l.* cuivis patebit.

(d) Quod tamen improbant comm. DD. hac ratione, quod hæc actio ex delicto descendat, & vindictam persequatur. *Gomes. 2. res. 4. n. 14.* adversus quam sententiam late disputat *Don. 14. com. 30.*

(e) *l. 2. 3. & 8. C. de cond. ob cau. dat.* non tamen, si ex hac causa, non tamquam ex hac conventione, sed tamquam ex ingratitudine revocabitur. *l. ult. Cod. hoc tit.*

(f) Actionum enim in rem propriam est, ut is solum conveniatur, qui possidet. §. 1. *Inst. de act.*

debitor teneatur. Quid quod turpe est, & flagitiosum, invitare donatarium ad delinquendum, quod facimus, si rebus alienatis, in fraudem legum eum liberamus. Postremo in personam esse hanc actionem constat, cum sit ex (g) obligatione. Matri etiam utilis in (h) rem actio conceditur.

Restat locus de altera causa revocationis, nimirum ob liberos postea susceptos. Duo hic considerabimus: causam beneficii, beneficium ipsum. Causam quatuor continet: primum est persona; soli (i) patrono beneficium hoc tributum est adversus libertum, proinde omnes alii excluduntur: secundum est tempus donandi. Patronum tum dedisse volumus, cum liberos non haberet; quod si jam liberos habens donaverit, quamvis alios postea susceperit, revocationis beneficio (k) non utetur; tertium, res donitæ, ut vel omnia bona, vel partem eorum, vel etiam res singulas in libertum contulerit. Sane si res donata omnino vilis sit, putarem cessare (l) revocationem; quartum est agnatio liberorum, ut post donationem liberos patronus (m) suscipiat, qui si nati statim postea decesserint, donatio tamen non (n) convalescet. Beneficium tale est, ut revertatur res donata ad donatorem vel invito liberto, ipso jure; unde & actio ei in rem, sive (o) vindicatio; & præterea ex obligatione (p) possessionis conditio, quæ est hujus loci.

CAPUT XXX.

De precario.

EST & precarium ex numero eorum contractuum, qui re fiunt, interposita conventione de eadem re reddenda, eaque quæ neque nomine contractus significatur, neque verbis exprimitur, sed ex sententia colligitur contrahentium. Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur, quamdiu is, qui concessit, (q) patitur. Obligationem hic re contrahi constat, cum ex re tradita initium sumat. Conventio ex eo intelligitur, quod precarium totum beneficii est, & liberalitatis. Natura autem æquum est, tamdiu te liberalitate mea uti, quamdiu ego velim, & ut possim revocare, cum mutavero voluntatem. At cur precarium non referimus inter eos contractus, qui proprium nomen habent? nempe quia hæc appellatio non est certi contractus, sed generale nomen, pertinens ad ea omnia, quæ precibus impetrantur.

Porro quod ad naturam hujus contractus pertinet, duo sunt precarii propria, quibus a donatione, & commodato distinguitur, obligatio, & actio. Donatio irrevocabilis est; nam qui donat, sic dat, ne unquam recipiat. Precarium (r) revocari potest, quia qui precario concedit, sic dat, quasi tunc recepturus, cum sibi libuerit precarium solvere. Obligatio precarii ex parte minor est, quam commodati, ex parte major. Minor, quia is, qui precario accepit, præter dolum, & culpam dolo proximam (s) nihil præstat; commodatarius & culpam, & (t) diligentiam. Major, quia (u) precarium quandocumque visum est repeti potest; commodatum non prius, quam commodatarius ad finem, & modum præscriptum usus sit. Actio precarii nomine non certa, & vulgaris, quales jure civili proditæ, quando contractus proprium nomen habent, sed in factum (x) præscriptis verbis. Ab initio (y) interdictum tantum de precario propositum fuit; nimirum quod precarium magis ad causam donationis, quam ad speciem negotii contracti videatur spectare.

CA-

(g) Obligatio ex maleficio, aut conventione, ut paulo ante dictum est.

(h) *l.* 7. C. *de revoc. donat.* jure vid. singulari, sicut cætera.

(i) *l.* 8. C. *hoc tit. de rev. don.* & ibi Don. Ant. Fab. 7. *conj.* 4. Con. 5. *com.* 10. Diss. tamen interpretes comm. putantes *d. l.* ad omnes donatores pertinere; quorum sententia usu comprobata est, neque iniqua, licet juri Roman. minus conveniens.

(k) Falluntur igitur qui arbitrantur, patronum, aut parentem huic beneficio renunciare non posse. Vid. Tiraq. *in præf. d. l. n.* 89.

(l) Quod etiam communi suffragio receptum. Con. 5. com. 10. Fach. 3. *cont.* 78.

(m) Unum, aut plures ex legitimo matrimonio. Quid legitimati? si per subsequens matrimonium, adhuc idem dicendum; secus si per rescriptum Principis, sed nec adoptivi huc pertinent. Tiraqu. *in dict. l,* 8. *vers. susceperit liberos*.

(n) Quæ & Bart. sententia est in *l. Titia*, 87. §. *Imperator*, 3. *de leg.* 2. *arg. l.* 11. *de reg. jur.* notum item est actionem semel extinctam non reviviscere. *l. qui res*, 92. §. *aream. de sol.*

(o) Gloss. *in fin. d. l.* 8. comm. probata; est autem hoc jus singulare, & contra *regul.* 11. *de reg. jur. l.* 20. C. *de pact.*

(p) Non rerum ipsarum; quippe quæ ipso jure ad eum revertuntur. *d. l.* 8.

(q) Definitio est Ulpiani in *l.* 1. *ff. hoc tit. de prec.*

(r) *d. l.* 1. §. 2. & *l.* 2. §. 2. *eod.* junct. *l.* 1. *ff. de donat.*

(s) Nam cum precarium totum ex liberalitate descendat ejus, qui concessit, usus quoque precarii liber esse debet accipienti, ut ne plus hic ab eo exigatur, quam in suis rebus. *l.* 8. §. 3. *hoc tit.*

(t) *l. si ut certo*, 5. §. 2 *ff. commod.* §. 2. *Inst. quib. mod re cont. ob.*

(u) *d. l.* 1. & 2. *hoc tit.* junct. *l. in commodato*, 17. §. *sicut*. *ff. com.* Vid. *sup. c.* 34.

(x) Sive incerti condictio, *dict. l.* 2. §. 2; *l. duo in solidum*, 19. *in fin. eod. hoc tit.*

(y) Ita cum Fac. 7. *quæst.* 21. accipio *l. interdictum*, 14. *ff. eod.*

CAPUT XXXI.

De altero genere obligationum, quæ re contrahuntur, in quo pro eo, quod datum, aut factum est, præstatur aliud.

GEnus alterum obligationum, quæ re contrahuntur, superest, in quo non eadem res, sed alia redditur. Hujus generis species sunt (z) quatuor quæ expressum factum, & conventionem habent: do, ut des; do, ut facias; facio, ut des; facio, ut facias. In his quædam obligatio communis omnium; quædam certarum specierum propria. Obligatio communis tria hæc habet: primo, quidquid datur, aut fit, ut vicissim detur, aut fiat, ex his omnibus nascitur pariter (a) obligatio jure civili; secundo, quæcumque ex his generibus obligatio est, ea nonnisi (b) re data, aut facta contrahitur; tertio, quoniam ex omnibus pariter civilis obligatio nascitur, consequens omnino est, civilem quoque esse ex his actionem ad petendum id, de quo convenit, nempe eam, quæ veteribus dicta est actio (c) præscriptis verbis.

Proprium in duabus prioribus speciebus hoc est, ut duplicem habeant obligationem; unam ex conventione aperta, ut detur, aut fiat, ex qua est actio præscriptis verbis, atque hac parte obligatio huc pertinet; alteram (d) ex conventione tacita ad repetendum id, quod datum est, qua parte parit repetitionem, & condictionem ob causam dati. Quod si res condici non possit, puta, si Stichum, quem tibi dedi manumiseris, nihilominus mihi teneberis, ut æstimationem manumissi mihi (e) præstes; sed est in eam rem actio de dolo. In duobus generibus posterioribus, facio, ut des, & facio, ut facias una contrahitur obligatio, ut des, aut facias; condictio ejus, quod feci, nulla, cum factum per rerum naturam revocari non possit. Sola actio de dolo superest adversus eum, qui dolum admisit, non ut præstet id, de quo convenit, sed quanti mea interest factum non esse quod feci (f).

Verum hæc de iis contractibus, qui expressum factum, & conventionem habent. Sunt, in quibus alterutrum desideratur; cujusmodi hæc quinque: promissio dotis; salarii pollicitatio in procuratorem collata; judicium; jusjurandum; operæ eorum, quibus honoraria extra ordinem constituta sunt. De quibus nihil habeo amplius, quod hic moneam, quam quæ dicta sunt supra in distributione hujus generis contractuum.

CAPUT XXXII.

De verborum obligationibus.

HUcusque de natura & potestate earum obligationum, quæ re contrahuntur. De verborum obligatione, quæ in divisione obligationum, quæ consensu non solo contrahuntur, secundo loco posita est, deinceps videndum. Verborum obligatio ea est, quæ nascitur ex (g) stipulatione. Stipulatio est verborum (h) conceptio, quibus qui interrogatus est, daturum se, facturumve, quod interrogatus est, respondet. Forma hæc: spondes? spondeo; promittis? promitto. Et hæc verborum conceptio, sive stipulatio (i) unica causa est, quæ ad conventionem, sive consensum accedens, parit eam obligationem, quæ idcirco dicitur verborum. De consensu dictum est in commune. De verborum conceptione hic præcepta dabimus. Ea constat duabus partibus: interrogatione, & responsione. Harum partim quædam communia, quædam responsionis propria. Communia duo: primum, ut & qui rogat, & qui respondet, verbis id faciat; stipulatio enim non conficitur nisi

(g) Obligatio ex maleficio, aut conventione, ut paulo ante dictum est.

(h) *l.* 7. C. *de revoc. donat.* jure vid. singulari, sicut cetera.

(i) *l.* 8. C. *hoc tit. de rev. don.* & ibi Don. Ant. Fab. 7. *conj.* 4. Con. 5. *com.* 10. Diff. tamen interpretes comm. putantes *d. l.* ad omnes donatores pertinere; quorum sententia usu comprobata est, neque iniqua, licet juri Roman. minus conveniens.

(k) Falluntur igitur qui arbitrantur, patronum, aut parentem huic beneficio renunciare non posse. Vid. Tiraq. *in præf. d. l. n.* 89.

(l) Quod etiam communi suffragio receptum. Con. 5. *com.* 10. Fach. 3. *cont.* 78.

(m) Unum, aut plures ex legitimo matrimonio. Quid legitimati? si per subsequens matrimonium, adhuc idem dicendum; secus si per rescriptum Principis, sed nec adoptivi huic pertinent. Tiraqu. *in dict. l.* 8. *vers. susceperit liberos.*

(n) Quæ & Bart. sententia est in *l. Titia*, 87. §. *Imperator*. 3. *de leg.* 2. *arg. l.* 11. *de reg. jur.* notum item est actionem semel extinctam non reviviscere. *Is qui res*, 92. §. *arcam. de sol.*

(o) Gloss. *in fin. d. l.* 8. comm. probata; est autem hoc jus singulare, & contra *regul.* 11. *de reg. jur. l.* 20. C. *de pact.*

(p) Non rerum ipsarum; quippe quæ ipso jure ad eum revertuntur. *d. l.* 8.

(q) Definitio est Ulpiani in *l.* 1. *ff. hoc tit. de prec.*

(r) *d. l.* 1. §. 2. & *l.* 2. *eod.* junct. *l.* 1. *ff. de con. nat.*

(f) Nam cum precarium totum ex liberalitate descendat ejus, qui concessit, usus quoque precarii liber esse debet adcipienti, ut ne plus hic ab eo exigatur, quam in suis rebus. *l.* 8. §. 3. *hoc tit.*

(t) *l. si ut certo*. 5. §. 2. *ff. commod.* §. 2. *Inst. quib. mod. re cont. ob.*

(u) *d. l.* 1. & 2. *hoc tit.* junct. *l. in commodato*, 17. §. *sicut*. *ff. com.* Vid. *sup. c.* 34.

(x) Sive incerti condictio, *dict. l.* 2. §. 2. *l. duo in solidum*, 19. *in fin. eod. hoc. tit.*

(y) Ita cum Pat. 7. *quæst.* 21. accipio *l. interdictum*. 14. *ff. eod.*

nisi utroque (*k*) loquente, & ideo neque mutus, neque infans stipulationem contrahere possunt; secundum, ut uterque alterum exaudiat, & intelligat; qui exaudire invicem non possunt, ut absentes, surdi, ad verborum obligationem non (*l*) pertinent. Ceterum quod mutus, surdus, absens per se facere non possunt, ut aut stipulando sibi acquirant, aut promittendo obligentur, id per servum possunt efficere, si quid eorum jubeant illum (*m*) facere. Propria respondentis item duo: unum, ut qui respondet, illico respondeat; siquidem actus stipulantis, & promittentis continuus esse debet; ita tamen, ut modici temporis intervallum non vitiet (*n*) stipulationem. Alterum est, ut respondeat convenienter interrogationi; quod non tam in forma, & conceptione verborum, quam in re, & sententia (*o*) positum est; veluti si respondeat. Quidni? aut ἀπρονοήτως, dabitur. Sed etsi stipulanti mihi decem tu viginti respondeas, aut ex contrario stipulanti viginti respondeas decem, valebit stipulatio in decem, quatenus ante (*p*) responsum est. Licet enim oportet congruere summam; attamen manifestum est viginti & decem inesse. Quod si simpliciter, & pure interrogatus responderit sub conditione, aut viceversa sub conditione interrogatus responderit pure, aut ita interrogatus, intra Kalendas quintas, responderit, dabo Idibus, non obligatur. Generaliter enim probandum est, quoties adjicitur aliquid, aut detrahitur stipulationi, vitiatam esse obligationem, nisi diversitas stipulationis illico (*q*) placuerit. Tunc enim alia stipulatio contracta esse videtur.

Genera stipulationis, si formam, & conceptionem verborum spectamus, nulla; sin (*r*) consensum, duo; aliæ enim (*s*) sunt voluntariæ, aliæ necessariæ; voluntariæ sunt, quæ ex voluntate, atque arbitrio contrahentium fiunt; & quia ex sola conventione utriusque partis concipiuntur, dictæ sunt veteribus conventionales; quarum totidem pene genera sunt, quot (*t*) rerum contrahendarum; necessariæ sunt, quæ (*u*) invitis pro auctoritate Judicis, aut Prætoris injunguntur. Eadem species (*x*) tres: judiciales, prætoriæ, communes. Judiciales sunt, quæ a (*y*) mero Judicis officio proficiscuntur, idest, quæ a solo Judice judicio de re alia instituto, ejus judicii (*z*) firmandi causa promissori injunguntur. Apertius res intelligetur, si cognoverimus, quando quis Judex esse incipiat; & quibus rebus officium ejus contineatur. Judex esse quis incipit, cum contestata res ad ejus cognitionem, & judicium † delata est. Officium ejus positum in eo: primum ut de re in judicium delata cognoscat; deinde ut de ea re sententiam ferat, aut convictum condemnando, aut non convictum (*a*) absolvendo. Ergo, si [illegible] Judex lite contestata jubet aliquid pro offi[illegible] caveri, & parere recusantem condemnat in id, quod adversarii interest, aut

(*k*) *l.* 1. *in pr. hic*. Itaque qui sine verbis adnuit, non obligatur, ne naturaliter quidem. *d. l.* 1. §. 2. Alia ratio est acceptilationis, quæ etsi inutilis est, utile tamen pactum habet; nisi in hoc quoque contra sensum est *l l.* 8. *de accept.*

(*l*) *d. l.* 1. *in pr. l.* 1. §. *antep. & seqq. de obl. & act. l.* 3. *C. hoc tit.* §. 7. 9. & 11. *Inst. de inut. stip.*

(*m*) Et erunt, quod jussu obligati. *d. l.* 1. *in fin. pr.*

(*n*) *d. l.* 1. §. 1. *l. continuus*, 137. *hoc tit.* Intervallum autem stipulationem vitiat, si aut postera die respondeatur. *l.* 12. *de duobus rei.*, aut si actus, licet modicus, obligationi contrarius interveniat. *l.* 5. §. *ult. dict. tit.*

(*o*) *d. l.* 1. §. 2. & *ult.* Et generalitas responsionis semper ad interrogationem revocari debet, ut id quisque respondere intelligatur, de quo interrogatus est. §. 5. *Inst. de inut. stip.* Non adversatur *Auth. si quando*. *C. de pec. const.* ubi Just. constituit, non obligari eum de pecunia constituta, qui ita dixit: satisfiet tibi; nam in constituto nulla præcedit interrogatio, ad quam responsio referatur, ut recte Alc. 2 *par.* 18.

(*p*) *d. l.* 1. §. 4. non obstat *d.* §. 5. significat ibi Imp. in hujusmodi conceptione esse quidem stipulationem inutilem, in qua vid. ad interrogatum non respondetur; sed ex eo non sequitur, inutilem esse totam conceptionem, quippe duæ sunt in tali conceptione stipulationes, quarum ad alteram saltem respondetur convenienter. VVesemb. ad *d.* §. 5. Don. ad *d.* §. 4. & *seqq.* Alia sane ratio est locationis, & similium contractuum, in quibus quid vicissim præstandum est, *l. si decem*, 52. *locat.*

(*q*) *d. l.* 1. §. 3. Hoc ideo, quia quoties qualitas stipulationi adjicitur, aut detrahitur, toties in totum non congrue respondetur. Vid. & Bronch. 4. *assert.* 37.

(*r*) Aut si mavis originem, & causam, unde nascuntur; nam habent quidem omnes conventionem, sed non omnes ita, ut hinc primum proficiscantur.

(*s*) Vid. *tit. Instit. de divers. stip. l.* 5. *in pr. ff. hoc tit.* Goed. *de cont. stip. cap.* 6. *concl.* 12. & *seqq.* Don. ad *dict. l.* 5. qui præ ceteris erudite hanc divisionem exponit, usumque demonstrat.

(*t*) Idest, obligationum, seu negotiorum, quæ contrahi possunt; nullum enim negotium est, cujus confirmandi causa adhiberi stipulatio non solet. *d. l.* 5. §. 1. *tit. Inst. de div. stip.* §. *pen.*

(*u*) Atqui stipulatio est contractus. *l.* 1. §. 3. *ff. de pact. l.* 31. *de obl. & act.* liberum autem cuique habere, vel non habere contractum. *l.* 5. *C. de obl. & act.* dicimus, si spectamus causam, & originem harum stipulationum, jussum videlicet alterius, definitionem istam ad eas non pertinere, non magis, quam ad judicia, quæ in invitum redduntur. *l.* 83. §. *hoc tit.* tametsi judicio dicatur contrahi. *l.* 3. §. *idem, de pec.* Sin autem spectabimus id tempus; quo interponuntur, contractus certe sunt, cum præsentem consensum habeant, nec vis videtur, quæ legitima est. *l.* 3. *quod met. caus.*

(*x*) *d. l.* 5. *d. tit. Inst. de div. stip.* Ulpiani divisio in *l.* 1. *de prræt. stip.* subdivisio quædam est prætoriarum.

(*y*) Idest, solo. Ut hac adjectione distinguantur a communibus, sicut & prætoriæ.

(*z*) Ulpian. in *d. l.* 1. judicialem stipulationem speciem facit prætoriæ; sed judicialem ille appellat, non quæ a Judice interponitur, sed a Prætore, Judicis partibus non fungente. Judicialem tamen recte nominat, quia propter judicium interponitur, ut id ratum sit.

† *l. un. C. de lit. cont. l.* 1. *C. de jud.*

(*a*) *l. de qua re*, 74. *de judic. l. Judices. C. eod. junct. l.* 1. *de re jud.*

aut rerum absolvit, sciamus hunc ut (*b*) Judicem jubere, stipulationesque jussu ejus interpositas judiciales nominari; cujusmodi sunt de dolo (*c*) cautio, de persequendo servo, qui in fuga est, & quæcumque aliæ judicio de re alia instituto ad judicium promovendum, aut dirimendam controversiam reo, aut actori sine injuria a Judice imponuntur.

Prætoriæ sunt, quæ a mero Prætoris officio proficiscuntur; videlicet quando Magistratus, lite nondum contestata, ea de re, de qua judicium institui potest, jubet aliquem adversario postulanti quid cavere, quod recte postuletur, & nisi pareat, remediis utitur prætoriis: qualia sunt hæc tria: missio in possessionem bonorum ex (*d*) causa damni infecti, aut legatorum servandorum; denegatio jurisdictionis in cautione (*e*) judicatum solvi, ratam rem (*f*) haberi, item in stipulatione (*g*) fructuaria; actio ad mancipium reddendum adversus non caventem in stipulatione (*h*) ædilitia. Prætorias enim stipulationes sic exaudiri oportet, ut in his contineantur etiam (*i*) ædilitiæ. Communes sunt, quæ modo auctoritate Prætoris, modo Judicis (*k*) interponuntur. Cujus generis sunt hæ tres: rem pupilli (*l*) salvam fore; rem ratam dominum (*m*) habiturum; stipulatio (*n*) duplæ, nam & hæc a Judice, aut ædilis edicto venit.

Stipulationis cujusque co[illegible] vis una, ut certo jure obstringatur, qui [illegible]misit. Quocirca pactiones nudæ ex stipulatione effectum sumunt, & ceteræ quoque conventiones, obligationesque (*o*) firmantur. At iniquum videri potest, ex stipulatione obligationem nasci, ex pacto nudo non nasci, cum in pacto non minus sit consensus, quam in stipulatione. Et utique, si idem utrobique consensus esset, non posset hoc ipsum non iniquum videri. At non est idem consensus in pactis, qui in stipulatione. In pactis consensus a levitate, & impetu proficisci potius, quam a certo judicio existimatur; in stipulatione contra haud dubie consensus constituendæ obligationis ab animo præmeditato, certoque proficiscitur. Argumento est verborum illa solemnis conceptio, interrogatio præcedens, & congruenter subsequens responsio. Cur igitur tandem verborum dicta obligatio? Nomen sumpsit non a consensu re omnium contractuum communi, sed a re propria, verbis videlicet.

CAPUT XXXIII.

De obligatione Litterarum.

Si res secuta, & verba, seu stipulatio desunt, interdum litteræ ad conventionem accedentes obligationem pariunt, quod ex tribus generibus propositis postremum fuit. Litterarum obligatio est, cum quis scripto alteri mutuo consensu tradito, confessus est, se ei quid debere, quod non debebat, & omnino confessioni suæ stare cogitur. Id intelligetur certius definitionis partibus evolutis, & explicatis. Exigimus ut quis (*p*) scripto confessus sit, remotis litteris, & (*q*) cautione, obligationi, quæ alioqui non recte diceretur litterarum, non est locus. Exigimus, ut mutuo consensu scriptum traditum sit creditori; e contractu enim nulla obligatio, nisi ex mutuo consensu. Exigimus, ut confessus sit se debere, e-

(*b*) Etiamsi sit Magistratus, aut Prætor; quia in eo partibus tantum fungitur Judicis.

(*c*) Quarum rationem, & usum ex Theoph. cognoscere licet.

(*d*) *l.* 7. *de damn. inf. tot. tit. ff. ut leg. nom. cav. & tit. seq. ut in poss. leg.* esse autem has stipulationes prætorias scriptum est in *d. l.* 5. & in §. 2. *Inst. de div. stip.* item in *l.* 1. *de præt. stip.*

(*e*) Quam nisi quis præstet, Prætor eum ad alienam defensionem non admittit. §. 4. & 5. *Inst. de satisd.*

(*f*) Hæc nisi præstetur a procuratore, denegatur ei actio. *l.* 33. §. 4. *l.* 43. §. 4. *de procurat.*

(*g*) Nam si usufructus nomine non caveatur, denegatur persequutio usufructus, aut retentio. *l.* 1. & 7. *usuf. qu. cav.*

(*h*) *l. si venditor*, 28. *de ædil. edict.*

(*i*) Nam & hæ a jurisdictione veniunt. *d. l.* 5. *d.* §. 2. idest, omnium harum eadem causa est, & origo, jurisdictio Magistratus.

(*k*) *d. l.* 5. *in pr. vers. communes.* §. *ult. Instit. de div. stip.*

(*l*) At quando hæc judicialis? nimirum si lite contestata inter moras judicii debitor cognoverit, tutorem non satisdedisse, & ad hanc exceptionem confugiat, quæ etiam cœpto judicio objici potest. *l.* 3. *Cod. de tut. qui satis non ded.* quippe pertinet ad officium Judicis omnem incidentem quæstionem examinare. 1. *Cod. de ord. jud.*

(*m*) Quæ quidem nunquam judicialis esse potest, cum a procuratore exigitur. *arg. l.* 40. §. *pen. de proc.* sed potest, si judicio instituto exigatur a tutore; ut in specie *l.* 33. *de adm. tut.*

(*n*) Non vulgaris illa ob evictionem, quæ nunquam ædilitia; sed est altera ob eas causas, de quibus edicto Ædil. jubetur caveri de morbis &c. *l.* 32. *de evict.* stipulatio assidua Ulpian. dicitur in *l.* 41. §. *quia*, 20. *de ædil. ed.* De his igitur rebus, qui duplam sibi promitti postulat, is adversario recusante, aut agit ex empto præcise ad duplum, qua parte semper judicialis est, aut redhibitoria, & hic est ædilitia, quia post litem contestatam nunquam interponitur.

(*o*) *l.* 45. *de pact. l.* 5. *hic.* Paul. 5. *sent.* 7. qui loci plerosque in errorem traxerunt, ut credant, stipulationem non esse contractum, qui per se subsistat, sed ex alieno semper negotio pendeat; quod refutat Gœd *de cont. stip. cap.* 3. *concl.* 5. *n.* 74.

(*p*) Sive id chirographum est, sive aliud instrumentum forte a tabulario confectum professionem debiti continens; cautio fere a nostris in hoc præsertim argumento dicitur. *l.* 1. 2. 3. 4. & 8. *C. de non numer. pecun. l. emptor*, 47. §. *ult. de pact.*

(*q*) Qui sine scriptura confessus est, exceptionem pecuniæ non numeratæ non habet. Nov. 90. *c.* 2. quippe cum nulla præsumptione adjuvetur adversus confessionem (testibus enim ad futuram numerationem non utimur) stare suæ confessioni ex regula generali cogitur, nisi apertissimis argumentis scripto insertis contrarium probet. *l.* 13. *C. d. tit.* Cautiones autem, & chirographa dari solent spe futuræ numerationis, qua ne frustretur debitor, nihil non facturus est. Rebuff. *ad Const. Reg. de chir. & ced. art.* 2. *n.* 18.

bere, quod non debebat, ut sit una hæc causa hujus obligationis propria, litteræ, & confessio scripta; nam si alia (*r*) causa vere interveniret, obligationem quoque ex ea causa esse diceremus, non ex litteris. Postremo exigimus, ut qui ita confessus est se debere, cogatur stare suæ confessioni; alioqui ne obligatus quidem dici vere potest.

Ceterum non cujusvis cautionis, aut chirographi vis hæc, ut quis ei stare cogatur. Cautio, sive chirographum est duplex; unum inutile, utile alterum. Inutilis cautio est, qua debitor confessus est se debere, nulla adjecta debendi (*s*) causa. Utilium duo genera vi, & effectu distincta; quædam enim probationem, & fidem rei gestæ inducunt tantum; quædam vim habent obligationis, probationis solius nunquam. Probant dumtaxat (*t*) eæ confessiones, quæ non sunt de pecunia mutua; obligationem parit sola (*u*) pecuniæ creditæ. Non tamen continuo, ut quis scripto confessus est, se pecuniam creditam accepisse, aut sibi numeratam esse, litteris efficaciter obligatur; sed cautio intra biennium, ex quo emissa est, ne ad probationem quidem, nedum ad obligationem valet. Si vero intra hoc tempus beneficio retractandæ confessionis sibi indulto usus non sit, jam non probationis tantum, sed etiam obligationis vim habere cautio incipit. Remedia ad retractandam intra biennium confessionem tria confitenti sunt prodita: Condictio sine causa, aut ob causam dati causa non (*x*) secuta ad repetitionem chirographi; querela non numeratæ pecuniæ, quam (*y*) testato denunciabit creditori, ut exceptio sit perpetua; exceptio non numeratæ pecuniæ adversus creditorem intra (*z*) biennium agentem, quæ præter naturam aliarum omnium exceptionum onus probandi transfert in (*a*) creditorem. Adjuncta est huic exceptioni generalis exceptio doli mali †.

Exacto biennio convertitur in contrarium vis cautionis, & chirographi, omninoque confessus, qui beneficio juris usus non est, necessitate solvendi (*b*) adstringitur. Sed quid dicendum, si debitor post biennium paratus sit probare pecuniam sibi numeratam non esse? & posita obligatione, idest necessitate solvendi, quæ ex litteris, non ex re, aut numeratione nascatur, consequens est omnino eum debitorem audiendum non (*c*) esse, qui chirographum quidem, seu causam obligationis agnoscit; ceterum numerationem, quæ jam huc non pertinet, intervenisse negat; manifestum autem est non minus ex litteris, quam ex ceteris debendi causis obligationem nasci, quæ ob id dicta est litterarum. Neque vero iniquum est debitorem post silentium totius biennii hanc quasi contempti beneficii juris pœnam luere, ut confessioni suæ litteris testatæ omnimodo stare cogatur. Porro obligationem ita esse ex litteris, ut simul sit ex contractu, nulla dubitatio est.

CAPUT XXXIV.

Quid debeatur ex unaquaque conventione.

QUid ex unoquoque genere contractuum debeatur, pro negotii cujusque natura, ex iis, quæ hactenus disseruimus, abunde patere arbitramur. Superest ea videamus, quæ præstanda sunt ex conventione, de quo duplex est quæstio; una, an valeat conventio; altera, si valet, quid contineat. Quæ conventiones in singulis contractibus probentur, aut improbentur, supra satis est demonstratum. Eæ, quæ ad principalem contractum accedunt, si quidem liberandi debitoris gratia interponuntur, omnes in ea causa sunt, ut valeant, exceptis iis, quæ sint contra jus, aut dolo

(*r*) Id expressum est in *Inst. hoc tit.* verbis (cessante scilicet verborum obligatione) quod si intervenerit cautio, & simul addita sit stipulatio, non nascetur quidem obligatio ex litteris, sed tamen eamdem vim & pro reo, & contra eum habebit, quæ futura esset sine stipulatione. *l. 9. C. d. tit. §. 2. Inst. de except.*

(*s*) *l. 13. C. eod. l. cum de indebito, 25. in fin. de prob. c. si cautio, extra, de fid. Inst.* Gail. 2. *obs.* 13. *n.* 9.

(*t*) Nihil enim æquius est, quam unumquemque proprio testimonio acquiescere. *d. l. 13. l. 11. §. 1. de int. act.* sed habet hoc hanc exceptionem, & quidem perpetuam, nisi quis e contrario evidentissimis probationibus in scriptis habitis paratus sit ostendere, se falso confessum esse. *d. l. 13. d. l. 25. in fin.* id autem certissimum argumentum est, nullam hic esse obligationem.

(*u*) Qua tamen appellatione etiam ceteræ res veniunt, in quibus mutuum consistit. *l. 14. in pr. C. eod.*

(*x*) *l. 7. C. eod. l. 2. C. de cond. ex leg.* add. Duar. *c. 5. hoc tit.*

(*y*) *l. si intra, & seq. d. l. 14. §. in omni. C. eod.*

(*z*) *l. 3. l. 4. d. l. si intra. C. eod. Inst. hoc tit.*

(*a*) In ceteris enim exceptionibus reus actoris partibus fungitur. *l. 9. de prob.* Differentiæ ratio significatur in *l. 10. C. eod.* quod facultate negandi reo concessa non debuerit ab eo exigi hæc probatio, cum non facti per rerum naturam probatio directa nulla sit. *l. actor, 23. C. de prob.*

† *l. 3. C. de non num. pec.* vel exceptio in factum detracta doli mentione. *l. 6. C. eod.*

(*b*) Textus rotundi in *l. 8. in fin. d. l. 14. pr. vers. nullo modo, & §. 2. in fin. C. eod.* sed & diserte scriptum est in *l. ult. C. de cond. ex leg.* post biennium cautionem condici non posse.

(*c*) Cujus sententiæ, præter superiora, etiam hoc fortissimum argumentum est, quod post biennium, ne jusjurandum quidem (specie probationis levissima, & expeditissima) actori differre liceat. *d. l. 14. §. 3.* Habet hæc sententia paucos assertores, sed gravissimos viros Duar. *hoc tit. c.* VVesemb. *Inst. eod.* Fachin. 2. *cont.* 81. acerrimum autem om. Don. ad *d. l. 8. & 13. C. eod.* Ceterum DD. comm. opinio, usu forensi approbata, hæc est, ut ante biennium exceptio sit privilegiata, & probatio incumbat creditori, post biennium autem possit quidem debitor adhuc uti exceptione, sed ita, ut ipse eam probare cogatur. Vide praxim hujus obligationis apud Robuff. ad *const. reg. de obit. & ced. recogn. art. 2. n. 11. & seqq.*

dolo malo (*d*) factæ. Quæ vero conventiones accessoriæ ad obligandum interponuntur, ne sic quidem omnes valent, ut actionem pariant: regula enim juris est, ex pacto actionem non nasci. Quod sic accipiendum est, si ex intervallo fuerit adjectum, secus si ex (*e*) continenti. Nam talia pacta bonæ fidei judiciis inesse, contractu contineri, legem contractui dare dicuntur; ex quo perspicue palam est etiam actionem ex hujusmodi pacto nasci, eamque, quæ sit contractus ejus, cui adjectum est propria.

Quid contineat unaquæque conventio, tum res promissa, tum circumstantiæ præstationis indicabunt. In re videndum primo quid debeatur; deinde quantum. Res promissa est id, quod in conventionem deductum est. Id si certum erit, nulla porro quæstio relinquitur. At † incerta sæpe efficitur promissio, idque aut conceptionis, aut conditionis; aut conditione rei promissæ. Conceptione conventionis dupliciter; si aut obscura sit, ambiguave oratio; aut si una res ex pluribus sub incerto promittatur. Conditione rei promissæ, cum aliud deberi intelligitur, quam quod verbis promissum est. Obscuritas cognitione linguæ, tum usu, & consuetudine loquendi explicanda est; ambiguitas ex more loquendi in regione, in qua res gesta est, usitato, alias si quid ambigui est, verba contra stipulatorem (*f*) interpretamur. Res una ex pluribus sub incerto promittitur duobus modis: cum aut generaliter res incerta promittitur; aut plures certæ disjunctim. In genere promisso electionem tribuemus (*g*) debitori; ac ne necesse sit eadem sæpius inculcare, quæcumque de promissione alternativa mox dicemus, cum quæritur, quid, & quamdiu debeatur, eadem & de promissione generis intelligenda sunt; dummodo tale genus, quod utiliter in conventionem deducatur: ut homo, equus, bos. Quod si genus promissum inutilem efficiat conventionem, cessat interpretatio; veluti si promittatur animal, aut vinum, oleum, pecunia, non (*h*) adjecta mensura, aut quantitate, si fundus, aut domus. Tales enim conventiones derisoriæ magis sunt, quam utiles; quemadmodum de ejusmodi legatis (*i*) responsum est. Hoc amplius etiam tum inutilem esse promissionem domus, aut fundi generatim factam existimamus, cum promissor ædes, aut fundos habuit. Nec obstat, quod domo legata, si testator domos habuit, existimetur unam ex his, quam legatarius voluerit (*k*) legasse; translatitium enim est testantium voluntates plenius esse interpretandas, cum in contractibus obscuris quod minimum est (*l*) sequamur. Utique quod de pecunia, & similibus rebus sine certa quantitate promissis diximus, sic accipiendum est, si aliunde intelligi non possit, de qua quantitate actum sit; nam si vel ex conventione præcedenti, vel ex demonstratione conventioni incerta certitudo aliqua quantitatis colligi poterit, aliud dicendum erit (*m*).

Disjunctiva promissio est, cum res plures promittuntur separatim. Id fit aut una enunciatione; ut Stichum (*n*), aut decem aureos dare spondes? aut diversis, cum puræ stipulationi subjicitur pœnalis, hoc pacto: Stichum dabis? Si Stichum non dederis, decem aureos pœnæ nomine dabis? Non est autem eadem utriusque stipulationis vis. In hac conventione hoc, aut illud dabis, obligatio ab initio (*o*) incerta est, sed fit certa duplici eventu; si una res (*p*) perempta sit, aut exempta (*q*) obligationi, aut una ex pluribus electa. Jus

aut

(*d*) *l. juris gentium*. §. *ait*, 7. *de pact. l.* 6. *C. eod.* ubi Don. Duar. *de pact. c.* 4.

(*e*) *d. l. juris gentium*. §. *quinimo*, 5. *l. pacta*, 72. *ff. de cont. empt. l.* 13. *C. de pact.* quos locos hic indicasse sufficit; nam memini me hunc eumdem locum attigisse *sup. c.* 5.

† De Contractibus certis, & incertis, tum quando incertitudo vitiet dispositionem, vid. Con. 6. Com. 3. Gom. *res.* 11. *n.* 7. & *seqq.*

(*f*) *l. Stipulatio ista*, 38. §. *in stipulationibus*, 18. *l. quidquid*, 99. *de verb. oblig. l. cum quæritur*. 28. *de reb. dub.* quippe in pari causa favendum reo, ut in rebus, quod minimum, in temporibus, quod longissimum est, accipiatur. Don. noster *ad l.* 11. *de reb. dub.*

(*g*) §. *si quis agen. vers. præterea*. *Inst. de act. l. si cum is*, 31. §. *ult. de cond. ind. l. fidejussorem*, 52. *mand.* Vid. de hujusmodi stipulationibus Gomez. 2. *res.* 11. *n.* 49. & *seq.*

(*h*) *l. ita stipulatus*, 115. *in pr. de V. O. l.* 1. *C. de dot. promiss. l. salarium*, 17. *C. mand.* De sententia *d. l.* 1. vid. Duar. 1. *disp.* 56.

(*i*) A Paulo in *l. si fundus*, 71. *de leg.* 1. vid. quæ scripsimus *sup. c.* 9. *sect. hactenus*. item *lib.* 1. *c.* 57. *sect. voluntas*.

(*k*) *d. l. si domus*, 71. *de leg.* 1.

(*l*) *l. in testamentis*, 14. *junct. l.* 9. *l. semper*, 34. *ff. de R. J.*

(*m*) Exempla in *l. ult. vers. utrumque*. *C. de dot. prom. l. si triticum*, 94. *de verb. obl. l.* 14. *de ann. leg.*

(*n*) §. *si quis agens*. *vers. huic autem*. *Inst. de act.* aut si quis ex duobus equis, qui sunt in stabulo, unum stipuletur. *l. qui ex pluribus*, 206. *de verb. obl.*

(*o*) Plane si plures summæ, puta 10. aut 15., disjunctim promissæ sunt, certa etiam ab initio obligatio habetur, quasi 10. promissa essent, *l.* 12. *l. si ita*, 109. *de verb. obl.* quam summam debitor, quia in pecuniam affectio non cadit. *l.* 3. *de in lit. jur.* absque dubio est electurus; quare etiam minor tantum summa libello intentionis inferenda, non ambæ disjunctim. Gom. 2. *res.* 11. *n.* 3.

(*p*) *l.* 16. *de verb. obl. l. Stichum*, 95. *de solut.* sine culpa tamen creditoris. *arg. d. l.* 95. §. 1. Quid si vilior perempta sit, pretiosior remanserit? Pretium peremptæ solvendo debitorem liberari existimat Gom. 2. *res.* 13. *n.* 40. *arg. l. cum res*, 47. §. 3. *de leg.* 1. quod ego non facile affirmaverim. Sunt, qui concedunt, quando res citra culpam debitoris periit. vid. & Ant. Fab. 2. *conj.* 15.

(*q*) Etiamsi ad debitorem ex lucrativa causa pervenerit *d. l.* 16. *de verb. obl.* nec obstat §. 6. *Inst. de leg. l.* 17. *de O. & A.* nam regula de duabus causis lucrativis locum habet in debitione speciei certa; at alternativa obligatio ab initio incerta est: & intelligitur debitor unumquodque separatim promisisse sub hac conditione, si alterum non dederit. *arg. l.* 9. *de opt. leg. l.* 3. *qui, & a quib.* Fab. *d. loc.*

eligendi interdum stipulatoris est, plerumque promissoris. Stipulatoris tunc, cum id nominatim (*r*) cavit, puta his verbis: utrum volam? utrum voluero? aut si stipuletur, unam rem sibi sumere licere. At electio hæc personalis est, ideoque, licet obligatio ad alios transeat, eligendi tamen facultas non (*s*) transibit. Si de electione nihil convenerit, certi juris (*t*) definitio est, in alternativis obligationibus electionem esse debitoris; quo & ipso satis declaratur, eam pertinere ad omnes, ad quos hæc obligatio pervenit, ac cui debitori electio competit, is eam tamdiu retinet, quoad solverit, aut donec ventum sit ad executionem (*u*) rei judicatæ. Creditor autem, qui sibi electionem excepit, usque ad litem contestatam mutare voluntatem potest, si modo hac (*x*) conceptione (utrum volam) usus fuerit. Atqui in legato disjunctivo si hæres, aut legatarius semel vel extra judicium elegerint (*y*), mutare voluntatem postea non possunt. Cur tam diverse? nimirum consequens id fuit dominio rei legatæ † per electionem alterutrius semel translato.

Dissimilis est conditio obligationis, cum præcedenti conventioni subjicitur stipulatio pœnalis. De qua, relictis interpretum ambagibus, sic breviter statuimus: Commissa stipulatione pœnæ, sive in dando, sive in faciendo prior stipulatio, aut conventio consistat (*z*); utrumque nihilominus deberi, & rem, aut factum, sive id, quod interest, & pœnam, sed peti alterum duntaxat pro arbitrio † creditoris posse.

CAPUT XXXV.

Interdum pro eo, quod verbis promissum est, æstimationem deberi, præstarique, interdum id, quod interest, ut in obligationibus faciendi. Quid sit id, quod interest.

SÆpe evenit, ut pro eo, quod verbis in conventionem deductum est, debeatur, præsteturque (*a*) aliud. Id duplex: pro re promissa, æstimatio, pro facto, id, quod interest. De rebus promissis ita jus est: Quamdiu res extabit non deterior facta, & præstari potest sine injuria, & incommodo debitoris; tamdiu deberi eam, & peti oportere, petitam solam in condemnationem deduci.

Tria autem sunt tempora cum pro re certa debita æstimatio præstanda sit. Primum tempus est, cum res, aut culpa debitoris, aut post moram periit; utrumque enim certo jure (*b*) perpetuat obligationem. Secundum est, cum res post moram facta est deterior, hic quanti depretiata est, tantum in (*c*) æstimationem venit. Tertium, cum res aliena promissa æquo pretio (*d*) non est venalis. In vino, oleo, frumento, & similibus mercibus in genere debitis, conditione rerum accidit, ut quamvis in genere extent, & præstari possint, tamen ob mutabilitatem pretii etiam æstimationis earum ratio (*e*) habeatur. De tempore ineundæ æstimationis † si res judicio petita sit, sic habetur: In bonæ fidei judiciis rei judicandæ (*f*) tempus, quanti res sit, observari: in strictis tempus spectari litis contestatæ; sicuti de vino, quod mutuum datum erat per judi-

(*r*) Semper enim quod actum est, observatur, *l.* 34. *de reg. jur.* vid. *l. ubi*, 75. §. 8. *l. si sic stipulatus*, 93. *l. si quis*, 112. *de verb. obl.*

(*s*) *l. si stipulatus*, 76. *in pr. de verb. obl.* vid. Don. ibid. *num.* 3. *& seq.*

(*t*) Tradita in §. *si quis agens. vers. huic autem. Inst. de act. l. qui ex pluribus*, 106. *de verb. obl. & similibus locis*. sumpta autem est ex communi regula. *l.* 38. §. 18. *de verb. obl. c. in alternativis. de R. J. in* 6.

(*u*) *d. l.* 106. *l. cum qui*, 138. §. *ult. de verb. obl.*

(*x*) Quæ tractum habet; sin (utrum voluero) cum semel elegerit, mutare voluntatem non potest: *l. si quis*, 112. *eod.* At cur petitio actori electionem adimit, reo conservat? nempe quia actor unum petendo potestatem eligendi remittit: At quando debitoris electio, petitur illud, aut illud disjunctim, cui petitioni congruere debet sententia. *l. ult. C. de fid. lib.*

(*y*) *l. hujusmodi*, 84. §. *Stichum*, *l.* 5. *de leg.* 1. *l.* 20. *de leg. opt.*

† Utpote quæ efficit, ut perinde habeatur, quasi ab initio res certa legata esset. *l.* 13. *de leg.* 1. Constat autem quod semel alicui quæsitum est, id nec ei invito auferri, nec ab eo repudiari posse.

(*z*) Neque enim stipulatione pœnali præcedens novatur obligatio. *d. l.* 115. *in fin. l.* 41. *& seq. pro soc. l.* 28. *de act. empt.* atque ut maxime id jure veteri aliquando usuvenerit, puta, ut Don. vult, cum stipulationi faciendi subjectum pœnalis. *l.* 44. *in fin. de O. & A.* Effectum tamen est constitutione Just. ut non aliter novatio fiat, quam si id nominatim convenerit. *l. ult. C. de nov.* §. *pen. Inst. quib. mod. obl. toll.* vid. Hot. *qu.* 10. Gæd. 5. *concl.* 7. *n.* 54.

† Quippe qui non unumquodque disjunctim una stipulatione est stipulatus, sed separatim conventionibus propriis. vid. *l.* 4. §. *Labeo. de exc. dol. d. l.* 115. *in fin.* junct. *l.* 10. §. 1. *de pact.*

(*a*) Locus hic pertinet ad omnia, quæ ex quavis causa debentur. Hinc igitur sumatur quod cum ceteris causis commune est.

(*b*) *l. si servum*, 91. §. 3. *l. nemo*, 82. §. 1. *de verb. obl.* Æstimationem autem deberi, & peti post moram posse scriptum est in *l. cum res*, 47. §. *ult. de leg.* 1. *l.* 8. *de cond. furt.*

(*c*) Ut etiam hactenus culpa debitoris perpetuetur obligatio. *l.* 3. *de cond. trit.*

(*d*) Hoc in *l. si domus*, 71. §. *qui confitetur. de legat.* 1.

(*e*) *l. ult. de cond. trit. l. vinum*, 22. *de reb. cred.*

† Merx aliqua, post moram, aut certa quidem species, sed quæ post litem contestatam perierit; nam si ante, jurabitur in litem.

(*f*) Distinctio expresse tradita in *l.* 3. §. 2. *commod.* add. *d. l.* 22. *de reb. cred. & l. ult. de cond. trit.* Quod sic accipio, ut in strictis judiciis præcise spectetur tempus litis contestatæ: in bonæ fidei vero non ita præcise tempus condemnationis, quin etiam præcedentis temporis, si forte æstimatio creverit, ratio haberi possit.

judicem petito, si dictum non esset, quo tempore redderetur. Sabinus respondit. In litem autem juratur, cum res debita post moram periit, etiam in actionibus (g) stricti juris. Hæc etsi pertinent ad omnia, quæ ex quavis causa debentur, tamen quia præcipue locum habent in contractibus, non alienum fuit hoc loco attingere.

In obligationibus faciendi ab initio quidem, quamdiu fieri potest, quod promissum est, factum in obligatione, & præstatione versatur, unde & obligatio faciendi dicta; nunquam tamen ita, ut id peti possit; nam ex stipulatione faciendi non ante agi potest, quam illud tempus præterierit, intra quod fieri debuit, & potuit, quod promissum est, sed eatenus tantum, ut promissor præstando quod promisit, liberetur. Postquam autem transiit tempus, intra quod fieri poterat, quod promissum est, exinde solum obligatione continetur, & debetur id (h), quod interest. Sane si promissor ante litem contestatam paratus sit facere, quod omiserat, adhuc audiendus est, & faciendo (i) liberabitur. Licet enim facultatem faciendi, quam initio accepit ex stipulatione, mora commissa, amittat; tamen quod mora amisit summo jure, id ex bono, & æquo recepit moræ (k) purgatione. Ceterum ex factis ea tantum huc pertinere arbitror, quæ nuda sunt, & (l) simplicia, qualia sunt exempli gratia, ut Romam eas, tabulam mihi pingas, fossam fodias. Hæc facta hactenus tantum, ut diximus, in obligatione esse intelliguntur, ut faciendo debitor liberetur, peti nunquam possint, sed id solum, quod interest, neque id statim, sed tum demum, cum transierit tempus, quo potuerit fieri, quod promissum est. At si factum, quod in conventionem deductum est, in rei alicujus præstatione consistat, sive ad dationem, dominiive, aut juris alicujus translationem ordinetur, id magis pro (m) datione, quam pro facto habendum est. Fac, verbi causa, rem certam mihi pure venditam esse, non dubito, quin eam ipsam (n) rem, quam [illegible] præterea vendere possim, & vel confestim, vel etiamnum post moram. Et quia certum est, quod hic in obligatione versatur, dubitandum non est, quin ex hac causa etiam certi condictio detur, utpote quæ competit ex omni causa, omnique obligatione, ex qua certum (o) petitur. At ex superioribus causis certi condictio competere non potest: primum, quia facta per rerum naturam condici non possunt; deinde, quia id, quod interest duntaxat in obligationem faciendi ita venit, ut peti possit; id autem incertum esse vel ex ipsa pronunciatione apparet. Obligatio hæc ex conventione, non quidem expressa, sed ex eo, quod actum esse inter contrahentes ex fine ipsis proposito colligitur. Non enim tam propter factum, quod haberi non potest, quam propter utilitatem, quæ ex facto percipitur, factum in obligationem deduxisse credendum est, videlicet ut acquirant, quod sua interest, qui finis est omnium conventionum †.

Hoc posito, deinceps ulterius quærendum, quid sit id, quod interest. Id autem ita definitur: Quod nobis abest, quodque lucrari (p) potuimus. Quod nobis abest de nostro, quod amisimus, cum prius habuerimus. Quod lucrari potuimus, neque lucrati, aut consecuti sumus. Quod tamen non sic intelligendum est, quasi id ipsum, quod amisimus, reddatur, sed ut necesse sit pro eo præstari (q) æstimationem, & in tantam pecuniam, quanti res omnibus communiter valet, reus condemnetur. Est enim id, quod interest, unius generis, non triplex, singulare, commune, conventum, ut plerique existimaverunt; ex quibus remoto (r) primo,

---

(g) Quia judex existimare sine relatione jurisjurandi non potest rem, quæ non extat. *l. 5. §. ult. de in lit. jur.* In bonæ fidei judiciis juratur in litem, etiamsi res adhuc extet, sed ob dolum tantum. *d. l. 5. §. 3.* Omnia expendere non est instituti nostri. Videat qui volet, Ant. Fab. 16. *conj. 1. & 10. seqq.* Don. *ad d. l. vinum*, Hot. *q.* 16. Cujac. 8. *ad Afric. in l. 37. mand.*

(h) Nisi tempus adjectum longius spatium tribuat. Sententia infinitis locis a veteribus tradita. *l. 13. in fin. de re jud. l. 14. l. si pœnam, 68. l. stipulationes, 72. & seqq. l. si quis, 112. §. ult. de V. O. §. ult. Inst. eod.* & a cordatissimis quibusque interpretibus magno consensu recepta.

(i) Secus est si post litem contestatam. *l. insulam, 84. eod.*

(k) *l. si servum, 91. §. 3. eod.* Lite autem contestata, quia nova contrahitur judicati obligatio, facultas purgandæ moræ amittitur.

(l) Quæ in moris faciendi finibus consistunt: quod veterum exempla manifeste probant.

(m) Sicuti ex diverso datio ad factum ordinata pro facto magis habenda; veluti si ancilla procuratori in rem suam constituto manumittenda detur, ut eleganter scribit Fayus *in suppl. ad Con. l. 7. c. ult.*

(n) *l. 11. §. 2. de act. empt. §. 2. Inst. de don. arg. l. 6. C. de resc. vend.* quod & usu receptum est; ceterum etiam contraria sententia gravissimos auctores habet, nec desunt speciosa argumenta, quibus effici videtur, nec venditorem cogendum rem præstare, sed liberari præstatione ejus, quod interest. *l. 4. C. de act. empt. l. 17. C. de fid. inst.* Accurate in utramque partem disputat Bach. in *not.* Treut. *par. 1. disp. 18. th. 2.* quem vid.

(o) *l. certi conditio, 9. in pr. & deinceps de reb. cred.*

† *l. 38. §. alteri. de verb. obl.* Bart. & DD. hanc differentiam inter obligationes dandi, & faciendi rationem reddunt, quod species quædam servitutis videatur, cogere quem ad aliquid faciendum; in dando autem cessare molestiam personalem.

(p) *l. 13. rem rat. hab.* exemp. in *l. 13. pr. & §. 1. l. Titius, 43. in fin. & seqq. de act. empt. l. 2. §. ult. quod cert. loc.* Ab. Accurs. & DD. in *l. un. Cod. de sent. quæ pro eo, quod int.* definitur, damnum emergens, & lucrum cessans, ex eo, quod factum non est, quod debuit, eod. plane sensu.

(q) *l. un. C. ubi conv. qu. cert. loc. l. 72. pr. ff. de verb. obl.*

(r) Nempe singulari, quoniam res non ex privata affectione æstimantur, sed ex eo quanti communiter omnibus valent. *l. pretia, 63. ad leg. Falc. l. 33. ad leg. Aqu.*

uno, & (*s*) tertio, fecundum (*t*) dumtaxat retinendum est. Ex his autem jam liquido patet, incertum plane esse id, quod ex obligatione faciendi debetur; siquidem id, quod interest, incertum est. Incertitudo hæc duplex (*u*): una in quantitate obligationis, quæ idcirco incerta est, quia pendet ex incerto eventu, an aliquid, & quantum debeatur; altera in probatione, quæ admodum difficilis, quia quatenus cujusque intersit, non in jure, sed in (*x*) facto consistit; ea autem deficiente, sæpe id, quod interest, ad minimam summam (*y*) deducitur. Quamobrem ne quantitas stipulationis in incerto sit, ac necesse sit actori probare, quod sua intersit, optimum erit, si quis, ut fiat aliquid, stipuletur pœnam subjicere (*z*), ut si ita factum non erit, certa pecunia pœnæ nomine præstetur. Pœnam enim cum stipulamur, non inspicitur, quod intersit nostra, sed quæ sit quantitas in (*a*) conditione stipulationis. Sed & adjecta pœna, manet nihilominus obligatio, & actio in id, quod interest, ut pro arbitrio vel hoc, vel illam petere stipulatori liceat, quemadmodum dictum est capite superiore: Quæ porro dubitationes circa id, quod interest, incidere soleant, in secunda parte, Deo volente, a nobis expedientur.

C A P U T XXXVI.

Quantum ex quaque conventione debeatur, & de dividuis, individuisque obligationibus.

Diximus in re promissa quærendum esse non solum, quid debeatur, sed etiam quantum. Quæstio supervacua in uno debitore, uno creditore; in pluribus utilis ad hoc, ut norimus quantum quisque debeat, quantum cuique debeatur. Nam si obligatio divisionem recipiat, pars tantum inde cuique debebitur a singulis, non in solidum. Plures debitores efficiuntur duobus modis. Uno, cum plures eamdem rem principaliter promittunt. Id cum sit, placet obligationem dividi pro numero personarum, & singulos (*b*) pro virilibus tantum partibus teneri, & conveniri posse. Enimvero hoc ita, nisi aperte hoc actum sit, ut duo rei debendi essent; nam hoc casu certum est olim quidem singulos in solidum obligatos fuisse, ut esset in potestate creditoris ex pluribus convenire eum, quem vellet. Verum id novella Justiniani constitutione περὶ ἀλληλεγγύων (*c*), mutatum esse hodie creditur, ut jam non aliter in solidum unus conveniri possit, quam si alter aut non sit solvendo, aut (*d*) beneficio divisionis renunciaverit. Altero modo plures debitores fiunt, si uni debitori plures hæredes extiterint, qui & ipsi non in solidum singuli, sed pro partibus hæreditariis tenentur. Ceterum hæc (*e*) quæstio est alius loci. Creditores plures fiunt trifariam: Primum, cum plures eamdem rem stipulati sunt ab eodem debitore. Hic vice versa singulis tantum (*f*) pars debebitur; præterquam si hoc actum sit, ut duo rei stipulandi essent, nam in his veteri juri nihil est derogatum. Secundo, cum servus communis dominis suis stipulatur, quæ stipulatio unicuique dominorum pro portione dominii (*g*) acquiritur. Tertio, cum uni creditori, plures hæredes extiterunt, inter quos actio ipso jure dividitur †.

Hoc vero totum ita habet, si obligatio divisionem recipiat. Quoties autem obligatio divisionem non admittit, toties & singuli in solidum tenentur, & singulis solidum debetur. Quæ stipulationes, obligationesque divisionem non recipiant, intelligemus ex hac partitione: Stipulatio, ac similiter obligatio omnis divisionis expers est aut natura rei promissæ, aut forma, & conceptione conventionis. Natura rei, si ea res debeatur, quæ nullam sectionem patitur, & hoc est, quod (*h*) dicitur, stipu-

(*s*) Conventio scilicet, idest, pœna, nomine ejus, quod interest, promissa est enim certa pœnæ quantitas. §. *ult. Inst. de verb. obl.* & peti potest etiam tunc, cum nihil interest. *l.* 38. §. *alteri*. *ff. eod.*

(*t*) Quod commune ideo vocant, quia communiter æstimatur; nam si utilitatem cujusque actoris spectamus, nihil interest, nisi singulariter, ut recte Baro *lib.* 4. *c.* 2. *de divin. & jud.*

(*u*) Utramque breviter notavit Just. in *d.* §. *ult. Inst. de verb. obl.*

(*x*) *l.* 24. *de R. J.* Facta autem non sunt ex numero eorum, quæ certo decidi jure possunt. *l. mora*, 32. *de usur.*

(*y*) Teste Venul. in *l. ult. ff. de præt. stip.*

(*z*) Quæ veterum hac in re cautio est *d.* §. *ult. Inst. de verb. obl. l.* 38. §. *alteri*. *ff. eod.*

(*a*) Ut hac existente committatur pœna. *d.* §. *alteri*. §. 18. *inst. de inut. stip.* sicut accidit in omni stipulatione conditionali. §. 2. *Inst. de verb. obl.*

(*b*) *l. reos*, 11. §. 1. *ff. de duob. reis*. *arg. l.* 24. *de leg.* 1.

(*c*) Qua voce Græci non modo mutuos fidejussores appellitant, sed & correos quoscumque, auctore non solum Cujac. ad *d.* Nov. sed etiam Constantino in *lexic.*

(*d*) Quod & usus confirmat. Dissent. e recentioribus nonnulli ob inscriptionem græcam: latine inscribitur de reis promittendi. Est autem Nov. 99. unde desumpta est *auth. hoc ita*. C. *duob. reis*. Quod si plures sint accessiones principalis obligationis, puta fidejussores, mandatores, pecuniæ constitutæ rei, hi si tempore litis contestatæ omnes solvendo sunt, juvantur beneficio divisionis ex epistola Divi Hadriani. §. 4. *Inst. l. inter*, 20. & *seqq. ff. de fidejuss.* sin unus fidejussor tantum, hic, quia universam obligationem in se suscipit, in solidum tenetur, sed succurritur ei beneficio exceptionis. De quib. fusius *inf. c.* 61.

(*e*) Tractata a nobis *lib.* 1. *d.* 43.

(*f*) *d. l. reos*, 11. §. 1. *de duob. reis*. Junct. §. 1. *Inst. eod. tit.*

(*g*) *l.* 5. *de stip. serv. l. si unus*, 19. *de serv. præd. rust.*

† Non pro virilibus portionibus, sed pro hæreditariis. *l.* 6. *C. fam. erc.*

(*h*) Ab Ulpiano in *l. stipulationes*, 72. *in pr. ff. de verb. obl.*

stipulationes non dividi earum rerum, quæ divisionem non recipiunt. Rerum appellatione & res, quæ proprie ita dicuntur, & facta comprehendimus. Res, aut corporales sunt, ut homo, bos, fundus; aut incorporales, ut hæreditas, obligatio, servitutes. Corporales omnes natura sua recipiunt divisionem. Hoc ut facilius rudiores assequantur, sciendum est, res non solum corpore, sed etiam (*i*) intellectu dividi, re manente integra; quo sensu a nostris etiam res animatæ divisionem recipere dicuntur. Itaque pars Stichi ex stipulatione tam deberi, quam peti, & (*k*) solvi potest, pars reliqua retineri, ut ita incipiat duorum esse communis pro partibus indivisis, ut neuter possit suam partem a parte socii sui discretam ostendere. Quomodo igitur hæ res dividi dicuntur, si partes per se indivisæ manent, & indiscretæ? Emolumento nimirum, quod propter partem divisim (*l*) percipitur.

Ex rebus incorporalibus solæ (*m*) servitutes individuæ sunt, excepto (*n*) ususfructu. Neque est, quod quisquam miretur, etiam illas res a nobis dici dividi posse, quarum nullum subest corpus, sed tantum notio quædam, seu conformatio insignita, & impressa in intelligentia; nihil enim prohibet etiam istas res intellectu in partes pro indiviso secernere, si tales sint, ut quod ex his percipitur, (*o*) dividi natura possit; quippe sciendum est, res incorporales dividuas æstimari non ex eo, quod sunt natura, sed ex eo, quod ex his jure percipitur. Quocirca sic in universum statuimus: res incorporales omnes esse dividuas, quæ pertinent ad consequendum id, quod natura dividi potest; ut hæreditas, obligatio, & petitio cujusque rei dividuæ (*p*), ususfructus. Ceteræ vero servitutes, quia solo usu, & facto terminantur, nec ulla res inde acquiritur, quæ sub sensum cadat, aut dividi possit, pro individuis habeantur. Si quis igitur, exempli gratia, stipulatus est viam, aut iter ad fundum suum; & promissor viæ decesserit, pluribus hæredibus relictis, singuli hæredes in (*q*) solidum tenentur; cæterum quo casu unus solidum præstiterit, repetitionem habet a cohæredibus judicio (*r*) famil. erciscundæ. Vice versa, & stipulatoris viæ, aut itineris hæredes singuli in solidum habent actionem; sed uno agente, ceterisque paratis rem admittere, damnabitur promissor in servitutis æstimationem pro parte tantum agentis hæreditaria (*s*).

Facta item utrum dividua sint, an individua, ex genere facti æstimandum. Quidquid fit, aut in faciendo est, veluti rem tradi, insulam ædificari, fossam fodi; aut in non faciendo, veluti, per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat, amplius non agi. Quæ facta sunt in faciendo, ea omnia in ea causa sunt, ut divisionem (*t*) non recipiant. Sed quia si non fuerit factum, quod promissum est, pecuniam dari oportet, eo casu etiam in hoc genere dividi stipulationem dicendum est, & juxta (*u*) æstimationem facti petitionem dari. Quæ facta sunt in non faciendo, ea non tantum pro ratione ejus, quod interest, sed etiam genere ipso facti partim individua sunt, partim dividua. Individua, in quibus, si unus fecerit contra, quam cautum est, tam id nocet, quam si omnes id commisissent, ut in hac stipulatione per te non fieri, quominus mihi ire, agere liceat; in quam nisi in solidum peccari non potest. Sin adversus id, de quo cautum est, ne fieret, non potest peccari ab uno, nisi pro parte, tum hoc factum dividuum esse dicimus; veluti si cautum sit (*x*), amplius non agi; Nam quisquis aget contra, non ultra stipulatori nocere potest, quam pro (*y*) parte.

Quamvis autem factum individuum hujus generis in obligatione versetur, ut illud, iter fieri, non continuo tamen obligatio per omnia individua est; nam si contra factum erit ab uno ex hæredibus promissoris, committitur etiam

(*i*) *l.* 5. *de stip. serv. l. Mævius*, 66. *de leg.* 2. Atque hæ partes proprie appellatione partium continentur. *l.* 25. *de V. S.*

(*k*) *l.* 9. §. 1. *de solut.* Vid. Duar. & Don. ad *l.* 2. §. 1. *de V.* O.

(*l*) In emolumento enim ipsa pars quodammodo percipi videtur.

(*m*) *l. viæ*, 17. *de serv. l. stipulationes*, 72. *de V.* O. *l. usus*, 19. *de us. & hab.*

(*n*) *l.* 5. *de usufr. l.* 1. §. *si usuf.* 9. *ad legem Falc.* nam quod in *d. l.* 72. generaliter dicitur servitutes non recipere divisionem, constat eo sensu dictum esse, quo servitutes prædiorum per excellentiam nominis absolute ita nominantur §. *ult. Inst. de us. & hab. l.* 4. *de serv.*

(*o*) Eleganter Eguin. Baro. *lib.* 1. *c.* 2. *&* 3. *de div. & ind.*

(*p*) *l.* 9. §. *hæredes*, 12. *ff.* de *hær. Inst. l.* 6. C. *fam. erc. d. l.* 5. *de usufr*, Don. ad *d. l.* 2. §. 1. *n.* 12. *&* 3. *seqq.*

(*q*) *d. l.* 2. §. 2. *&* 6. *ff.* de V. O. *d. l. viæ*, 17. *de serv. l. hæredes*, 25. §. *in ea. & seq. fam. erc.*

(*r*) *d. l.* 2. §. 2. *d. l. hæredes.* §. *contra*, 10. primum tamen impetrabit tempus a judice, intra quod agat cum cohæredibus, ut servitutem communiter imponant. *l.* 11. §. *antep. de leg.* 3.

(*s*) *d. l. hæredes.* §. *an ea. l.* 4. §. 3. *si serv. vind.* Cur tam varie? nimirum metimur omnem actionem ex jure ejus, qui agit, non ejus, unde petitur. *l.* 1. §. 1. *si pars hær. pet.* igitur etsi servitus ipsa individua est; jus tamen petitoris non ulterius progreditur, quam quatenus ejus interest. *d. l.* 4. §. 3.

(*t*) Etiamsi in his rei alicujus corporalis præstatio, aut operis effectio contineatur. *d. l. stipulationes. de verb. obl.*

(*u*) *d. l. stipulationes. vers. Celsus.* ubi vulgo legitur justa æstimatione facti.

(*x*) Qua utimur in transactionibus, dum paciscitur actor, se amplius non acturum. *l. si de certa*, 31. C. *de transf.* item in stipulatione *Dominum, hæredemque ratum habiturum.* Hæc distinctio est, & disputatio Catonis in *l.* 4. §. *Cato. de verb. obl.* in quem locum vid. Læl. Taur. Don. Minus placent Cujaciana.

(*y*) Hæreditaria scilicet ultra quam agere jure suo non potest. *arg. l.* 6. C. *fam. ercisc.*

ptiam hic stipulatio in id, quod interest, aut pœna, si ea stipulationi subjecta est, & committitur quidem in (z) solidum adversus omnes; ita tamen, ut singuli pro parte tantum hæreditaria conveniri possint; quod autem propter unius factum ceteri præstiterunt, id ab eo repetere possunt judicio † famil. ercisc. Ex stipulatoris vero hæredibus, si unus prohibeatur ire agere, siquidem pœna stipulationi adjecta sit, in solidum committetur; sed qui non sunt prohibiti doli mali exceptione submovebuntur; si pœna nulla posita erit, tunc pro (a) parte ejus tantum, qui prohibitus est, committetur stipulatio. Quod si factum ipsum dividuum est, ut illud, amplius non agi, tum is hæres, qui contra fecit, pro portione sua solum pœnam (b) committit, aut in id, quod interest, obligatur.

Forma promissionis stipulatio divisionem non recipit in tribus his generibus, in homine generaliter promisso; in stipulatione alternativa; in pœna promissa, si tota sors certo tempore non solvatur. In duobus prioribus generibus ideo, quia si parte ab uno soluta, is liberaretur, eveniret, ut duorum hominum partes solvi possent contra conceptionem (c) conventionis. In postremo genere conditione ipsa hoc efficitur, ut nullus hæredum promissoris evitet pœnam, nisi (d) tota sors soluta sit. His generibus stipulationum remotis, reliquæ omnes in ea causa sunt, ut divisionem, & partium præstationem admittant. Quotæ hæ sint partes, facilis perceptio est. Si plures simul promiserint (e), æquales partes debebunt; quod si unius promissoris plures sint hæredes, pro portione (f) hæreditaria singuli tenebuntur. De partium qualitate ita habebimus; ut in generibus promissis, puta pecunia, aut re alia, quæ pondere, numero, mensurave constat, numero fiat divisio; in specie corpore (g).

CAPUT XXXVII.

Quando quidque ex contractu præstari debeat, aut peti possit.

His in re promissa observatis tenebimus, quid, quantumque ex conventione, & contractu debeatur. Transeamus ad circumstantias præstationis, easque, quoniam de personis contrahentium in singulis contractibus actum est; nunc in rebus tantum extra personas consideremus. Circumstantiæ hujus generis duæ: tempus præstandi, & locus, totidemque hinc quæstiones: quando, quidque ex contractu præstari debeat, & quo loco. Primum conceptio contractus indicabit. Omnis conventio, aut pura est, aut (h) dilationem habet. Quæ sit pura, melius intelligetur, si cognoverimus, quæ habeat dilationem. Dilatio duplex: conditio conventioni adjecta; & dies. Conditio, ut alibi quoque eam definivimus, est enunciatio, qua id, quod fieri, aut dari volumus, confertur in aliquem (i) casum. Conditionem igitur duo faciunt: dilatio, & casus, sive incertus eventus; proinde nec conditiones, quæ obligationem non differunt, quales sunt, quæ ad (k) præsens, aut præteritum tempus referuntur, nec quas certum est omnimodo exituras esse, pro conditionibus sunt habendæ; veluti si stipulet mihi dari (l), si morieris. Ceterum quidquid adjectum rem in incertum eventum differt, id sive arbitrarium est, sive fortuitum (m) sive mixtum ex utroque, obligationem facit conditionalem, nisi aut (a) impossibile sit, aut arbitrio promissoris aperte permittatur; nam hujusmodi conditiones inutilem conventionem jam inde ab initio efficiunt, ut supra quoque capite quarto dictum est.

Con-

(z) Idest, ut omnes propter factum unius incipiant teneri. *d.* §. *Cato*. Neque hoc iniquum est, quia conditio stipulationis hæreditariæ, uno contrafaciente, existit. *l. inter coheredes*, 44. §. 5. *fam. erc.* potuit autem defunctus hujusmodi stipulatione obligare hæredes.

† *d. l.* 2. §. *item si*, 5. *de V. O.* & *d. l.* 44. §. 5. *fam. erc.*

(a) Quia tum id, quod interest, petitioni modum facit. *d. l.* 2. §. *ult.* & *l. seq. eod. tit.*

(b) *d.* §. *Cato*. *l.* 4. *de V. O.*

(c) Ex qua homo, non duorum hominum partes debentur, hæc in *d. l.* 2. §. 1. & *l.* 9. §. 1. *de solut.* Non idem periculum metuitur, cum pars accepto fertur, aut alio modo, quam solutione liberatio contingit. *d. l.* 2. §. 3. *l.* 17. ff. *de accept.* idem ergo erit, si cum uno ex hæredibus promissoris egero. *d. l.* 2. §. 3. & succubuero. Quid si vicero? Cujac. & vulgo DD. negant condemnatum partem solventem liberari, ob eandem vid. rationem, ne diversorum hominum partes solvantur. Contra Don. & Alc. affirment.

(d) Aliud enim in hujusmodi stipulationibus sine manifesta stipulatoris injuria constitui non potest. *l.* 5. §. *ult. de verb. obl.*

(e) Sive viriles. *l.* 11. §. 2. *de duob. reis*. *l. cui fundus*, 56. *de cond. & dem.*

(f) *l. ea, quæ*, 6. C. *fam. ercisc.*

(g) Sententia exemplis declarata in *l. in stipulationibus*, 54. *de verb. obl.* & *l.* 29. *de solut.*

(h) Quæ si iterum in duo inferiora genera dividatur, existent tria illa a Just. posita in §. 2. *Inst. de verb. obl.*

(i) §. *sub conditione*, 4. *Inst. dict. tit.* vid. *cap.* 61. *lib.* 1.

(k) Etsi a contrahentibus rei veritas ignoretur. §. *pen inst. dict. tit. l.* 38. & *seqq. de reb. cred.* Dicuntur tamen conditiones, quia forma, & conceptione verborum tales sunt.

(l) Quippe qua res non conditione suspenditur, sed mora. *l.* 18. *de cond. ind. l.* 9. §. 1. *de novat.*

(m) Respicio ad receptam conditionum distinctionem; quædam enim dicuntur casuales, quæ a solo casu dependent; ut si navis ex Asia venerit; quædam protestativæ, quæ in potestatem reorum conferuntur; ut si Titius Capitolium adscenderit; quædam mixtæ, partim fortuitæ, partim arbitrariæ; ut si Mæviam uxorem duxeris.

(a) De impossibili est in *l.* 7. *de V. O.* §. *si impossibiles*. *de inut. stip.* de collata in arbitrium rei promittendi *l.* 17. *eod.*

Conventio autem conditionem habere dupliciter deprehenditur, aut enim verbis exprimitur conditio, aut tacite inesse intelligitur. Exprimitur duobus modis, uno, expressa figura conditionis, si quid factum fuerit, aut non fuerit: altero cum exigimus, ut prius quid fiat, sic deinde sequatur, quod fieri volumus, ut puta, Stichus 10. Titio dato, sic deinde (*b*) liber esto. Non expressa quatuor ex rebus intelligitur: ex tempore incerto, in quod res differtur: ex demonstratione in futurum collata: interdum ex natura rei promissæ; nonnunquam ex conditione personæ stipulantis. Dies incertus conditionem facit. Is duplex; aut enim certum est eum extiturum esse, qualis est dies mortis cujusque; aut incertum, ut, dabis cum Titus pubes factus erit. Ambo hi in (*c*) legatis, posterior in (*d*) contractibus tantum pro conditione habetur. Unum etiam genus diei incerti contractum non facit conditionalem, nempe in hac oratione: cum petiero dabis (*e*)? quod ex proposito contrahentium intellectum est; quorum procul in hujusmodi adjectione hæc cogitatio est, ut statim, & sine mora, ubi petitum erit, solvatur, non ut obligatio differatur in casum. Ex demonstratione rei promissæ inesse conditio intelligitur, quoties in futurum concipitur; veluti, Stichum, qui hoc anno (*f*) tuus erit, quod patrem meum debere constiterit, dare (*g*) spondes? Natura rei promissæ conditio inducitur, cum ea res promittitur, quæ nondum est in rerum natura; utrum autem futura sit, pendet ex incerto naturæ, aut juris eventu. Hujus (*h*) generis est promissio fructuum, qui adhuc in fundo nascentur; item promissio dotis, cui inest hæc conditio, si nuptiæ sequantur. Ex conditione personæ, stipulantis inest conditio, cum servus hæreditarius, aut ejus, qui apud hostes est, stipulatur; ubi hæc conditio intelligitur, si hæres extiterit, si dominus ab hostibus redierit (*i*).

Vis conditionis omnis hæc est, ut, pendente ea, nihil dum debeatur, ea impleta, perinde habeatur, ac si ab initio contractus debitum fuisset, deficiente, quasi nulla obligatio fuisset (*k*) contracta. Et quia pendente conditione necdum ulla obligatio nata est, hinc elicimus, nec (*l*) solvi promissum, pendente conditione, nec novari, aut constitui posse, nisi hac lege, ut eadem (*m*) expectetur, denique si solutum sit, repetitionem (*n*) esse. Hinc jam porro quærendum, quomodo, & quando conditio quæque recte impleatur, seu modus implendi, & tempus.

Modus implendæ conditionis hic est, ut impleri debeat ad formam, & præscriptum verborum, in quo congruunt omnia cum legatis; ut impleatur in persona (*o*) ejus, in cujus persona ex verbis stipulationis eam impleri oportet; ut is impleat, cui faciendi, aut dandi conditio injuncta est; & ideo personæ defuncti injuncta ab hæredibus (*p*) impleri non potest; nam quod hæres succedere in locum defuncti dicitur, hoc ad ea, quæ personæ (*q*) cohærent, & facti sunt, non pertinet. Quid est igitur, quod (*r*) dicitur, ex conditionali stipulatione spem esse debitum iri, eamque spem ad hæredem transmitti, aliter atque in legatis? videlicet dictum hoc est de conditionibus, quæ in casum † conferuntur; ad eas, quæ personæ defuncti impositæ sunt, non pertinet.

Etiam suo tempore conditionem impleri oportet; in quo alia plerumque conditionis interpretatio est in legatis, alia in contractibus; nam si conditio sit in faciendo, ut si creditor hoc, aut illud fecerit, in legatis tempus conditionis implendæ est, cum primum facere potuit;

(*b*) *l. servum decem*, 68. *de solut. l.* 22. *in pr. &* §. *c. de statu lib. l.* 20. §. *ten. de cond. inst.* Hoc enim ordine rei gerendæ constitutio conditionis definitio exprimitur.

(*c*) *l. si Titio*, 22. *qu. d. leg. l. dies*, 74. *de cond. & dem.* Quamobrem si legatarius ante decesserit, legatum ad hæredem non transit. *l.* 5. *qu. di. leg. l.* 1. §. 1. *de cond. & dem.* Vid. *c.* 61. *lib.* 1.

(*d*) Proinde si ante diem mortis solutum est, repeti non potest. *l.* 16. *& du. seq. de cond. ind.* rationem differentiæ reddimus *lib.* 1. *c.* 61. Manifestus igitur est error Gœd. *ad l.* 1. *n.* 17. *de verb. sign.* contendentis nullam ante mortem oriri obligationem.

(*e*) Ideoque si decessero priusquam petiero, non videtur defecisse conditio. *l. si decem*, 48. *de verb. obl.*

(*f*) Hoc in legatis certo jure receptum. *l.* 6. *de leg.* 2. *l. nuper*, 85. *de leg.* 3. multo magis igitur recipiendum in conventionibus. *arg. l.* 9. *l.* 34. *de reg. jur.*

(*g*) Hoc exemplum est in *l. qui Romæ*, 122. §. *Aggerins. de verb. obl.* Huc pertinet exemp. in *l. decem*, 116. *eod.* ex eodem quoque fonte est, quod traditur in *l. quod sæpe*, 35. §. *in his, & seq. de cont. empt.*

(*h*) Vid. *l. interdum*, 73. *de verb. obl. l.* 1. §. *ult. de cond. & demonst. l.* 21. *de jur. dot.*

(*i*) Nempe quia non ex sua, sed domini persona stipulandi jus habet. *d. l. interdum*. §. 1.

(*k*) §. 4. *Inst. de verb. obl. l.* 8. *ff. eodem. l. credere diem*, 213. *de verb. signif. l. si pupillus*, 26. *de cond. inst.*

(*l*) Nec creditori invito pecuniam offerri. *l.* 38. §. *inter. de verb. obl. l. qui promisit*, 48. *de cond. ind.*

(*m*) *l.* 14. §. 1. *de nov. l.* 19. *de pec. const.* quod enim non debetur, nec novari potest. *l.* 1. *de nov.* nec constitui. *l.* 1. *de pec. const.*

(*n*) *l.* 16. *&* 18. *de cond. ind.* Sed etsi sciens solvit, repetet condictione ob causam dati causa, liberatione scilicet, non sequuta.

(*o*) Perinde ut in hujusmodi legato. *l. qui hæredi*, 44. *de cond. & dem.*

(*p*) *l. a testatore*, 109. *d. tit.* exemplum in *l. si ita*, 69. *eod.*

(*q*) *l.* 13. *sol. matr. l.* 8. §. 3. *de lib. leg.* Tale autem quid est conditio personæ injuncta. *d. l.* 69. *d. l.* 44.

(*r*) In §. 4. *Inst. l.* 57. *ff. de verb. obl.*

† Cur igitur non idem receptum in legatis sub hujusmodi conditione relictis? *l.* 5. *qua. di leg.* Qui contrahit, non tantum sibi, sed etiam hæredibus suis prospicere velle creditur. *l.* 9. *de prob.* Testator autem soli legatario; nam legata ob meritum aliquod fere relinquuntur. *l.* 9. *pro soc.*

tuit; in contractibus (*s*), quamdiu. In conditionibus iis non faciendo hoc observatur, ut si conventio a conditione incipiat, veluti, si statim ita stipuler: si in Capitolium non ascendero, dabis? expectetur, donec amplius fieri (*t*) non potest. In legatis tum Mucianæ (*u*) cautionis utilitati est locus, ut in argumento de legatis est observatum. Sin stipulatio incipiat ab alia pactione, veluti, si ita concepta sit: si Pamphilium non dederis, Stichum dare spondes? committitur stipulatio simul ac debitor interpellatus facere potuit, neque fecit; quod exemplo penus hoc modo legatæ (*x*) defenditur. Sed in hac stipulatione, si reus quadraginta, quæ ei credidi non solverit, fide tua esse jubes? placuit conditionem fidejussoriam, reo interpellato non solvente, statim existere; nimirum quia & hæc stipulatio a præcedenti tacite incipit vi, & natura stipulationis (*y*) fidejussoriæ; idque & in aliis (*z*) causis ex mente contrahentium, quæ hanc interpretationem flagitat, defendi potest. Quid si paratis nobis conditionem implere, per eum, cujus interest non impleri, fiat, quominus impleatur? perinde scilicet habebitur, ac si impleta esset; uti in legatis, & hæreditatibus observatur †.

CAPUT XXXVIII.

De jure conventionis in diem.

SUperiori generi finitima est conventio, & obligatio in diem, quæ ipsa dilationem habet, tametsi haud parum dissimilem, nam in conventione in diem præsens obligatio est, solutio tantum (*a*) dilata; proinde sic definiatur: conventio in diem est, quæ fit adjecto die, quo pecunia solvatur. In hac definitione tria distincte expendenda: dies, quo pecunia solvatur, adjectus conventioni. Diem hic certum accipere debemus quippe incertus pro conditione (*b*) plerumque habetur. Neque tamen is dies adjectus simpliciter conventionem in diem facit, sed ita demum, si adjectus sit solutionis, & actionis differendæ causa. Quocirca si die adjecto solutio non differatur, quod accidit, cum aut (*c*) finiendæ, aut (*d*) multiplicandæ obligationis (*e*), aut temperandæ conditionis causa opponitur, conventio in diem non erit. Quid si ita stipuler, hodie dare spondes? & Papinianus (*f*) respondit, in proposito diem non differendæ actionis insertum videri, sed quo præsens ostendatur esse responsum. Una species negotii, depositum, diei adjectionem in totum (*g*) repudiat. Denique & adjici diem necesse est. Adjicitur aut aperte, aut tacite; aperte, ut in (*h*) formulis usitatis; tacite inest aut ipso jure, ut in constituto (*i*) decem dies; aut potestate conventionis (*k*), ut in stipulatione

(*s*) *l. hac conditio*, 29. *de cond. & dem.* junct. *l.* 23. *de serv. pr. urb.* Differentiæ ratio hæc est, quod in legatis conditio ex voluntate testatoris implenda est; in conventionibus ex mente contrahentium, & fere secundum promissorem interpretamur *l.* 99. *de verb. obl.*

(*t*) *l. ita stipulatus*, 115. §. 1. *de verb. obl.* Perinde enim est, ac si stipulatus essem cum moriar mihi dari. *d.* §. 4. *eod.*

(*u*) *l.* 7. *de cond. & dem.* De qua cautione tractavimus *lib.* 1. *cap.* 62. In contractibus huic cautioni idcirco locus non est, quia existente conditione eo tempore, quo stipulator moritur, hæredes actionem habent. Vid. Ant. Fab. 2. *conj.* 16.

(*x*) A Sabino, cui in hoc assentitur Papin. *d. l.* 115. §. 2. *de verb. obl.* congruit *l.* 1. *de pen. leg.*

(*y*) Quam constat a principali obligatione pendere. *l.* 16. §. *ult. de fidejuss.*

(*z*) Exemplum *l.* 17. *& l. ult. de man. test. in l.* 9. *de verb. obl.* de cujus *l.* specie vid. Don. add. & Goed. *de cont. stip. c.* 8. *conc.* 9. *n.* 186.

† *l.* 24. *de cond. & dem. l. in jure*, 161. *de reg. jur.* quod expositum est in argumento de legatis *lib.* 1. *c.* 62.

(*a*) §. 2. *Instit. de verb. oblig. l. cedere diem*, 213. *de verb. sign.* Quod igitur dicitur in *l.* 41. *in pr. ff. de verb. obl.* diem efficere, ne præsenti die debeatur, cum effectu accipiendum est, ita ut etiam peti possit.

(*b*) Scilicet si is prorsus incertus, ut superiore capite dictum est.

(*c*) Veluti dabis usque ad Kalendas Martias? *l.* 44. *de obl. & act.* §. 3. *Inst. de verb. obl.* Enimvero pura quidem hic est obligatio, at post tempus petenti obstabit exceptio pacti, aut doli. *dd. loc.*

(*d*) Cum quid promittitur in singulos annos, aut menses. *d.* §. 3. *l.* 56. §. 4. *de verb. obl. l.* 60. *loc.* similiter ut in legatis ejusdem generis. *l.* 11. *& seqq. quan. di. leg.*

(*e*) Veluti si Titius intra Kalendas Martias in Italiam venerit, conditione, & die in personam extranei collato. Hæc igitur stipulatio non expectato die committetur statim, quam exploratum est eo die venire Titium non posse. *l.* 10. *de verb. obl.* Non idem placet, si conditio, addito die, collata sit in factum promissoris. Exempl. in *l.* §. *eod.* sed dies expectandus dicitur. Cur tam varie? quia in priore specie dies non adjicitur solutionis differendæ gratia; quippe nec promissoris causa, qui interim nihil facere potest, quo evitet pœnam. In posteriore contra, quia conditio potestati promissoris permittitur. Est tamen superioris speciei quædam exceptio in *l.* 4. §. 1, *de cond. & dem.* add. Don. & Cujac. *ad dd. ll.* Gom. 2. *res.* 11. *n.* 32.

(*f*) *l. liber*, 118. §. *decem. de verb. obl.*

(*g*) *l.* 1. §. *antep. & seq. ff. depos.* cujus juris manifesta ratio est; nam cum deponentis solius utilitas in deposito versetur, nihil interest depositarii ante diem non reddi.

(*h*) Vide §. 2. *Inst. de verb. obl. l.* 8. 12. 13. 27. §. 1. 31. *& seq. ff. eod.*

(*i*) *l. promissor*, 21. §. 1. *de const. pec.*

(*k*) *l.* 14. *l. interdum*, 73. *ff.* §. §. *loc. Inst. de verb. obl.* §. *ult. Inst. de inut. stip.* Quo loco etiam hominis stipulatio spatium habere dicitur; sed, opinor, de eo servo hoc accipiendum est, qui conditione personæ, aut lege mancipii, nisi certo loco morari non potest. *tit. serv. exp.*

ne operis, fundi dandi, tradendive, item ex loco stipulationi inserto. Quod tempus hic sequamur, docebit nos elegantissima Venuleji (*l*) disputatio, quæ extat sub titul. de verb. oblig. Quod autem his formulis promissum est, Kalendis Martiis dare spondes, aut ante, vel post Kalendas, biennium, nundinas dare spondes; non prius recte peti potest, quam Kalendæ, biennium, nundinæ præterierint (*m*).

Dici igitur adjecti hæc vis est, ut confestim quidem debeatur, sed peti, nisi totus is dies præterierit (*n*), non possit. Cui ergo bono, inquis hæc obligatio? alia videlicet commoda adfert stipulatori; cujusmodi (*o*) sunt, ut id debitum solutum ante diem, quamvis per errorem, repeti non possit, ut possit novari, & constitui, atque ita possit, ut etiam ante diem ejus obligationis principalis peti possit. In debitore hoc efficit, ut & ante diem vel invito creditori recte solvat; nam cum diei adjectio pro reo sit, medium tempus liberum esse ei debet ad (*p*) solutionem. Ceterum si appareat diem adjectum esse etiam (*q*) creditoris gratia, aliud dicendum est.

CAPUT XXXIX.

Ex pura conventione quando, quidque debeatur, ut peti possit; tum quo loco quidque, quod ex contractu debetur, solvi debeat.

SI conventio nulla dilatione temperabitur, sive, quod idem est, nec diem, nec conditionem habeat, ea est, quam puram dicimus. Puræ stipulationis dies simul & cedit, & venit, idest, quod ita promissum est, statim debetur, & (*r*) peti potest. Hæc definitio generalis est, modo puram non ex verbis, sed ex re accipiamus, eamque intelligamus, cui nec conditio, nec dies tacite inest; alioqui pura conventio interdum dicitur, quæ verbis pura est, cum tamen tempus tacite complectatur (*ſ*).

Etiam locus in circumstantia præstationis considerandus est, ut cognoscamus, quo quidque loco ex contractu solvi debeat. Igitur si de loco solvendi nihil dictum est, eamdem distinctionem adhibebimus, qua usi sumus in legatis, ut si quidem species promissa est, ibi præstari debeat, ubi est, sin genus, ubi petere creditor potest: petere autem potest, ubi aut reus domicilium habet, aut obligatio (*t*) contracta est. Quod si convenerit, ut pecunia certo loco solveretur, alio loco invito creditore solvi † non potest; aliter atque in die solutioni adjecto, ante quem solvi posse paulo ante ostendimus; nimirum quia dies solius debitoris locus etiam (*u*) creditoris gratia adjicitur.

Duabus tamen de causis etiam alio loco solvere debitorem posse placuit: una est, si ad locum constitutum venire prohibeatur; altera, si creditoris nihil (*x*) interfit. Creditor tamen semper alio loco, quam quo promissum est, actione arbitraria recte agit; nam iniquum visum est, si promissor ad eum locum, in quem se daturum promiserat, non accedat, non posse stipulatorem ad suum (*y*) pervenire. At ne debitori fraudi sit, quod actio hoc pacto consulitur, placuit in actione arbitraria utilitatem loci, quæ debitori detrahitur, æstimari, idest, id omne, quod ejus interest, suo potius loco solvere, quam eo, in quo agitur (*z*).

C A-

(*l*) In *l. continuus*, 137. §. 2. & 4. *ff. eod.*

(*m*) Ut promissio semper ad tempus finitum, non cœptum referatur; cum dies adjiciatur pro reo, non pro stipulatore. *l.* 13. *l.* 41. §. *ult. l.* 42. *l.* 56. §. 5. *l. eum, qui.* 138. *eod.* §. *ult. Instit. de inut. stip.* In diversis temporibus, longissimum, sicuti in summis minimam, sequemur *l.* 12. *ff. de* V. O. Quid si simpliciter hoc modo: Kal. Januariis dabis? nisi primas accipimus, inutilis futura est stipulatio. *d. l.* 41. ubi Don. quem omnino vide.

(*n*) Sane si qua justa causa suadeat, timor forte fugæ, dilapidationis, &c. poterit debitor etiam ante diem compelli ad præstandam cautionem. *l.* 41. *de jud.* Bron. 1. *as.* 70.

(*o*) Vid. *l.* 10. *de cond. ind. l.* 1. & 5. *de nov. l.* 3. §. *ult.* & *l. seqq. de pec. const.*

(*p*) Quæ ratio redditur in *l.* 38. §. *inter. de verb. obl.* & *l. quod certa*, 70. *de sol.* Quid ni autem mihi liceat dilationi pro me introductæ renunciare? *l. pen.* C. *de pact.* Miror Cujac. in re aperta dissensisse, magis autem, quod sententiæ suæ argumentum petierit ex *l.* 18. *in pr. de pec. const.* qui locus, etsi solus esset, illum jugularet.

(*q*) Veluti si quid certo loco dari promissum fuerit. *l.* 2. *quod cert. loc.*

(*r*) §. 2. *Inst. de verb. obl. l.* 56. §. 3. *ff. eod. l. cedere diem. de verb. sign. l.* 14. *de reg. jur.* Ceterum verba illa, confestim, incontinenti peti posse, cum temperamento aliquo, & spatio, boni viri arbitratu definiendo, accipi humanum est.

(*ſ*) *l. interdum*, 73. *de verb. obl.* Hoc sensu recte dixeris, ex pura stipulatione non semper præsenti die deberi, aut statim peti posse.

(*t*) *l.* 38. *de jud. l. cum res*, 47. §. 1. *de leg.* 1. junct. *l.* 19. *d. tit. de jud.*

† *l. pen. quod cert. loc.* quia eo loco negotium gestum videtur. *l.* 3. *de reb. auct. jud.*

(*u*) Propter eas utilitates, quæ ex quoquo loco percipi possunt. *l.* 7. §. *ult. quod cert. loc.* §. *si quis agens*, 33. *Inst. de act.* quæ initio creditori adimi non debent. *l. ult. de pact.*

(*x*) Ita ex *l.* 8. C. *de sol.* temperetur *d. l. pen. quod cert. loc.* Vid. Don. *ibid. n.* 5.

(*y*) Ratio reddita a Cajo in *l.* 1. *d. tit.*

(*z*) *d.* §. 33. *vers. loco: l.* 2. & *tot. tit. de eo quod cert. loc. l. un.* C. *ubi con. qui cert. loc.*

CAPUT XL.

De fructibus, & usuris rei debitæ.

HIs expositis, intelligi potest quid ex unoquoque genere contractuum tum ex conventione, tum ex natura judicii præstandum sit, maxime si id principaliter, & ab initio debeatur. Operæpretium nunc fuerit, de accessionibus, quæ plerumque ob cessationem debitoris præstantur, seorsum hoc loco præcipere. Et quoniam hic locus (*a*) communis est, pertinens etiam ad eas obligationes, quæ ex aliis causis, quam contractu nascuntur, ita hic a me tractabitur, ut ne necesse sit quidquam postea iterando, aut tertiando ingerere. Hæ accessiones in genere duæ sunt: in certis rebus, & corporibus fructus; in pecunia † usuræ. De fructibus cum quæritur, an, & quando accedant, diversa causa est ejus temporis, quod litem contestatam sequitur, & ejus, quod antecedit. Post litem contestatam in universum dicemus, omnem (*b*) causam restituendam esse; idest, id omne, quod habiturus esset actor, si tempore litis contestatæ res (*c*) restituta esset. Ante litem contestatam, si non convenerit ab initio, ut fructus præstentur; interest, quo ex contractu, quave actione agatur. Actiones aut bonæ fidei sunt, aut arbitrariæ, aut stricti juris. De bonæ fidei, & arbitrariis ex (*d*) institutionibus cognoscito; reliquæ sunt stricti juris. Jam de fructibus sic habe: in judiciis (*e*) bonæ fidei, & arbitrariis fructus ex mora deberi. In strictis hæc distinctio est; ut si agatur ad consequendum id, quod nostrum ante fuit, puta (*f*) condictione indebiti, aut ob causam datorum; tum etiam fructus, qui ante litem contestatam exciterunt, restituendi sint; sin minus, ut cum stipulati sumus rem aliquam nobis dari; nonnisi (*g*) post litem contestatam fructus præstentur. Excipiuntur semper legata, & fideicommissa, quæ bonæ fidei judiciis in hac causa (*h*) comparantur; quamvis alioqui actio ex testamento sit stricti juris (*i*).

Hæc de fructibus. Usura est accessio pecuniæ, quæ pro usu sortis præstatur ultra sortem. Usuras debitas tria faciunt: causa debendi: modus usurarum legitimus; obligationis cœptæ perseverantia. Causam debendi actionis qualitas distinguit. In actionibus stricti judicii ita demum usuræ exigi jure communi possunt, si de his (*k*) stipulatio interposita sit. Ceterum jure singulari usurarum partitionem inducit, alias persona creditoris, alias principale debitum, alias causa debendi. Ex persona creditoris duobus ex nudo pacto debentur (*l*); fisco, & civitati. Ex principali debito duabus item in rebus: in pecunia (*m*) trajectitia, & speciebus certis, in (*n*) quibus mutuum consistit. Ex causa debendi, in judicati actione post (*o*) tempus judicati. His exceptis, generaliter definiemus, usuras citra stipulationem in strictis judiciis nunquam deberi, ne post litem quidem (*p*) contestatam. Diver-

(*a*) Hæc causa est, quod hunc locum separatim tractare voluimus, cognitis omnibus, quæ principaliter tum ex natura contractus, tum ex conventione præstanda sunt; alioqui subjungendus fuisset iis præstationibus, quæ potestate contractus debentur, ut est divisio proposita *c.* 14. *sup.*

† Eleganter quæritur, an omnis usura jure divino prohibita? Et certum est omnem prohibitam esse, quæ proximum rodit. *c.* 23. *Deut. Psalm* 15. Per hoc autem non puta improbari pensationem omnem ex pecunia, quæ datur non ad supplendam necessitatem proximi, sed ut lucrum accipienti pariat; quod alioqui ille, qui dedit, consequi potuisset, caruit autem sæpe cum periculo sortis: hodie fere concipitur specialis contractus ad Rentas, ut loquuntur sub forma venditionis, quod utique licet, cum & creditor ingenue agat, & debitor intelligat negotium. Nomen autem usurarum, ut odiosum, mutatum est in interesse; unde Cl. Maro. L' *on ne prest plus a usure, Mais on interet tant quo n vout*. Vid. *allegat.* a Treutl. *disp. de usur. Thes.* 1.

(*b*) Hæc definitio primum usurpata est in actione in rem. *l. illud*, 40. *de hered. pet. l.* 20. *de rei vind.* postea translata ad actionem in personam. *l. fundus*, 33. *de rebus credit.*

(*c*) Ex hoc jure est, quod post litem contestatam restituendi etiam sint fructus, qui percipi potuerunt. *l.* 62. §. 1. *de rei vind.* etiam post rem judicatam intra tempora judicati, quippe cum ea intercapedo judicato dilationem dare, non lucrum adferre debeat. *l.* 3. *de usur.*

(*d*) §. *actionum*, 28. & §. *præterea*, 31. *Instit. de act.*

(*e*) *l.* 3. C. *in qu. cau. in int. l.* 34. ff. *de usur.* Idem in arbitrariis statuimus, cum in iis res æstimetur ex æquo, & bono. *d.* §. 31.

(*f*) In quam fructus veniunt jam inde ab initio percepti. *l.* 15. *de cond. ind.* Hoc tamen interesse inter hanc condictionem, & sequentem existimo, quod in hanc percepti tantum veniunt, in illam etiam qui percipi potuerunt. *d. l.* 15.

(*g*) *l.* 3. §. *si. l. videamus*, 38. §. *si actionem. de usur.* ex quo loco petita est nostra distinctio.

(*h*) *d. l.* 3. C. *in quib. ca. in int. d. l.* 34. *de usur.*

(*i*) *l. alias*, 6. ff. *de in lit. jur.*

(*k*) *l.* 3. C. *de usur. arg. l.* 7. ff. *de neg. gest. l. quidquid. de verb. obl.* Pacto tamen promissæ, & solutæ nec repetuntur, nec in sortem computantur. *d. l.* 3. & *l.* 4. C. *de usur.*

(*l*) Fisco etiam sine conventione. *l.* 17. §. *fiscus.* ff. *de usur. & fruct.* non item civitatibus. *l. etiam*, 30. ff. *eodem.*

(*m*) Propter periculum creditoris. *l.* 5. & 7. *de naut. fæn.* trajectitia enim pecunia sive nautica est, quæ trans mare vehitur periculo creditoris. *l.* 1. *d. tit. l.* 1. *Cod. eod.*

(*n*) Vino, oleo, frumento. *l.* 22. C. *eod.* propter incertum, & inconstans frugum pretium. *l.* 17. & 23. C. *d. tit.*

(*o*) *l. pen. & ult.* C. *de us. rei jud.*

(*p*) *d. l.* 3. C. *de usur. l.* 1. C. *de cond. ind.* Quid ergo est, quod dicitur, lite contestata usura currere? *l.* 35. *de usur.* nempe cœptas ante deberi per litis contestationem non interpellari, non interrumpi. *l.* 1. C. *de judic.* quod videri poterat, propterea quod litis contestatione præcedens obligatio novatur. *l.* 11. *de novat. junct. l.* 26. C. *de usur.* sed hujus generis novatio actori nocere non solet. *l. non solet.* 86. *de reg. jur.* In praxi obtinuit, ut litis contestatio semper inducat præstationem usurarum.

Diversa causa est judiciorum bonæ fidei; siquidem in his & ex pacto in continenti apposito debentur; & citra pactum est mora, quod & in legatis, & fideicommissis receptum est favore ultimæ voluntatis (q).

Modus usurarum legitimus duplex: unus in singularum usurarum quantitate, alter in numero. Quantitas summa est usura (r) centesima, quæ ideo & (s) legitima in specie dicitur; supra centesimam nullæ aliæ legitimæ. Nec tamen passim hæc recepta, sed quatuor in causis duntaxat: ex conventione in pecunia (t) trajectitia; item in speciebus omnibus mutuo datis, idest, ceteris rebus, præter (u) pecuniam numeratam; ipso jure ex causa judicati; post tempora (x) judicati, item in pecunia omni, quam administrator alienorum negotiorum in suos usus (y) convertit. Infra centesimam trientes permissæ viris illustribus, besses negotiatoribus, semisses mediis personis inter superiores (z) interjectis. Alter modus usurarum ad numerum plurium usurarum pertinet. Qua de re ita jus est, ut usuras usurarum stipulari non liceat; usque adeo, ut quamvis creditor multorum annorum usuras converterit in sortem, nihilomagis harum usurarum usura † stipulari possit.

Verum hæc de iis usuris, quæ ex conventione certæ fiunt; de iis quæ post moram debentur, ex more regionis, ubi contractum est, constituitur; ita tamen, ut legem non offendat (a).

Usuræ semel deberi cœptæ duobus modis deberi desinunt; aut per se principaliter, aut per consequentiam sortis. Principaliter dupliciter; remissione creditoris, sive aperta, sive tacita; puta si per (b) longi temporis intervallum usurarum petitionem omisit; aut si minores ultro accepit; nam minorum (c) diutina exactione majores perimuntur. Item excrescentia, ubi usuræ, vel minutim, & per intervallum solutæ ad (d) duplum excreverint, in quo duplo & sortem computamus. Per consequentiam sortis usuræ deberi desinunt item duobus modis: obligatione sortis sublata, usuræ usque adeo deberi desinunt, ut ne præteritæ quidem, vel stipulatione firmatæ, peti possint, si creditor, nulla mentione earum facta, sortis solutionem (e) admiserit. Re de sorte tantum judicata, si a sententia appellatum non fit, usuræ intra tempora judicati non currunt (f); sed nec de præteritis quæstio moveri potest, nisi de iis, quæ ex (g) stipulatu debentur. Post tempora judicati redintegrantur usuræ, non eædem, ut olim, sed centesimæ.

CAPUT XLI.

De obligationibus, quæ quasi ex contractu nascuntur; ac primum de voluntaria rerum alienarum administratione.

Postquam prætervecti fines contractuum, latissime quoquoversum patentes, majorem, difficilioremque itineris partem emensi sumus, quod reliquum est viæ, celerius deinceps, minoreque negotio conficiemus. Igitur relictis contractibus, ad eas pergimus obligationes, quæ ex quasi contractu nascuntur, quod genus est in distributione supra posita secundum. Quasi contractus est omne factum non turpe, quod sine conventione is, qui fecit, vel alium sibi obligat, vel ipse obligatur alii. Non enim, ut in contractibus, ex conventione hic oritur obligatio, sed ex unius facto, eoque non turpi, alioqui res in speciem (h) maleficii caderet. Horum factorum duo sunt genera: rerum alienarum administratio, supremæ voluntatis agnitio, quibus additur condictio indebiti, quam nos inter genera contractuum posuimus. Administratio duplex; voluntaria, & ne-

---

(q) *l. initio. C. de pact. inter empt. l.* 17. §. 4. *l.* 32. §. 2. *l.* 34. *de usur. l.* 3. C. *in quib. ca. in int.*

(r) Centesima usura dicta, vel quod centesima sortis pars singulis mensibus persolvitur, vel quod centesimo mense sortem æquet. Bud. *de asse*. Don. c. 4. *ste usur. conj.* 7. *com.* 1. Atque hic as est usurarius, qui ex annua pensione æstimatur, similiter ut omnes ejus partes. Nam si unus aureus in centenos pendatur, unciaria usura dicitur, si vini, sextans, si terni, quadrans, & ita deinceps.

(s) *l.* 7. §. *si depon. de adm. tut. l.* 1. C. *de us. pup.* hinc cum legimus gravissimas infligi de centesimis id accipiendum est. *l.* 34. *de adm. tut.*

(t) *l.* 26. *vers. in trajectitiis.* C. *de usur.* cujus rei rationem paulo ante indicavimus.

(u) *d. loc.* etiam hujus rei ratio reddita *lit. n.*

(x) *l. pen. & ult. c. de us. rei jud.*

(y) *d. l.* 34. *de admin. tut. l. qui sine*, 38. *de neg. gest.*

(z) Hic modus præfinitur constitutione Justin. *l.* 25. C. *de usur.*

† *l. placuit*, 29. *ff. l. ult. C. eod.* Quod si quis aut majores quam licet, aut usuras usurarum stipulatus fuerit, non idcirco stipulatio in totum erit inutilis, sed quatenus legitimum modum excedit duntaxat. *d. l.* 29. *l.* 26. C. *eod.*

(a) *l.* 1. *ff. eod.* Fisco tamen minimum debentur semisses. *l.* 17. §. 6. *eod.*

(b) *d. l.* 17. §. *Divus*. *l.* 8. C. *eod.*

(c) Sin autem per paucos tantum annos minores accepit, poterit, mutata voluntate, redire ad majores. *l.* 13. *ff. l.* 5. C. *eod.*

(d) *l. pen. & ult.* C. *eod.* idest si sortem æquaverint. Exemplum hoc esto: aliquis quingenta mutuo dedit, & mille accepit; nihil amplius debetur creditori, neque de sorte, neque de usuris. *Nov.* 121. ceterum in Rentis venditis hoc non obtinet.

(e) *l.* 26. C. *de usur. l. novatione. ff. de novat.*

(f) *l. ult.* C. *de usur. rei jud.* qua in re differunt usuræ a fructibus. *l.* 3. *ff dict. tit.*

(g) Quæ autem debentur ex mora, non sunt in obligatione, sed præstantur officio judicis, quod evanescit re de sorte judicata. *l.* 4. *Cod. depos. l.* 18. *ff. de eo quod cert. loc.*

(h) Nunc quoniam sine maleficio obligatio oritur, propius ad contractum accedit, indeque est, quod & contractus appellatione continetur. §. 1. *Inst. de act.* & nonnunquam contractus absolute dicitur. *l.* 16. *de neg. gest. l.* 49. *de obl. & act.*

necessaria. Voluntaria est, quæ voluntate gerentis suscipitur, ut fit, cum quis negotia absentis sine mandato gerit. Ex hoc facto ultro, citroque nascuntur obligationes, actionesque, quæ dicuntur negotiorum gestorum, directa, datur domino, & contraria, quæ (*i*) gerenti. Necessaria rei alienæ administratio est, quam quis suscipere cogitur. Necessitas hæc aut a munere publico, aut a re privata, & familiari. Necessitate muneris publici coguntur aliena gerere tutores, & curatores. Hinc inter tutorem, & pupillum actio tutelæ; huic directa, illi (*k*) contraria; inter adolescentem, & curatorem eadem actio, sive (*l*) negotiorum gestorum utilis; directa item, & contraria. Necessitate rei privatæ coguntur res alienas attingere ii, inter quos res aliqua communis est, sive intercohæredes, sive extra causam hæreditatis. Ex hac tractatione rerum communium, si quis propter partem suam (*m*) necessitatem habuit rei totius gerendæ, mutuæ actiones comparatæ sunt inter cohæredes familiæ erciscundæ, inter ceteros communi dividundo. Nunc quid unaquæque harum obligationum contineat cognoscamus.

Prima nobis occurrit negotii alieni voluntaria tractatio, quæ duorum obligationem continet: unam ejus, qui gessit; alteram ejus, cujus negotium gestum est. Qui (*n*) alienum negotium gerendum suscipit, duplicem in se recipit obligationem; gesti semper, & non gesti interdum, videlicet ejus, quod (*o*) gerendum suscepit. Gesti obligatio duas præstationes habet: restitutionem ejus, quod per occasionem ejus negotii ad (*p*) gerentem pervenit; damni ejus, quod perperam gessit (*q*), præstationem. Toridem præstationes & non gesti; nam & lucri, & damni negligentia dati ratio (*r*) habetur. Quamvis autem hic non gerentis, sed sola ejus, cujus negotia geruntur, utilitas versatur, tamen cum quis ultro se offert, & rei ad se non pertinenti immiscet; si per omnia non recte gerit, id ipsi potius, quam alii nocere debet; proinde & a[illegible] (*s*) exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem; nec sufficit talem diligentiam adhibere rebus alienis, qualem suis adhibere solet; si modo alius diligentior eo commodius administraturus negotia fuisset. Sane si quis mera affectione ductus, forte ne absens bonorum distractionem pateretur, ad res ejus accesserit, hunc æquissimum est (*t*) præter dolum nihil præstare. Jam harum omnium præstationum nomine prodita est (*u*) iis, ad quos ea res pertinet, actio directa (*x*) negotiorum adversus omnem, qui gessit, si is erit, qui jure obligari potuit (*y*).

Vice versa is, cujus negotium gestum est, tenetur ei, qui gessit, actione contraria. Huic obligationi utilitas absentium causam præbuit, quorum alioqui negotia facile disperirent, si is, qui obtulit se negotiis gerundis, nullam habiturus esset actionem de eo, quod utiliter (*z*) impendisset. Hæc actio duas itidem præstationes continet: ut præstetur & quod abest, & quod abfuturum est ei, qui utiliter gessit. Abesse (*a*) intelligitur non solum quod de suo erogavit, sed etiam, quod consequutus non est, cum consequi potuisset; abfuturum esse, in quod se propter negotium obligavit. Datur hæc actio omnibus, qui utiliter negotium gesserunt; qui inutiliter, actionem non habent. Sed nec his, qui utiliter gesserunt, semper competit. Tria sunt, quæ eam impediunt: aperta domini (*b*) prohibitio; alterius oblata (*c*) gratuita administratio; animus gerentis non (*d*) repetendi, qui aut expressa testatione declaratur, aut ex opi-

---

(*i*) §. 1. *Inst. de obl. quæ qu. ex cont. nasc. tit. ff. & C. de neg. gest.*

(*k*) *l. 1. & tot. tit. de tut. & rat. distr. l. 1. & tot. tit. de cont. tut. act.*

(*l*) *l. 6. & l. curatoris, 17. C. de neg. gest. l. quidquid. C. arbit. tut.*

(*m*) Alias actio quidem detur, sed negotiorum gestorum. *l. 25. §. si unus. & seq. fam. ercisc. l. 6. §. comm. div. l. 3. C. de neg. gest.*

(*n*) Negotium meum, vel alienum quatuor modis dici existimant vulgo DD. Cura, re, gestu, ratihabitione. Vid. Cujac. 8. *ad neg. gest.*

(*o*) Atque hoc explicare, & consummare debet; novum autem inchoare non habet necesse. *l. 21. §. 2. ff. hoc tit.* Ratio in *l. 20. C. eod. & l. 39. §. 2. de adm. tut.* Excipe cas. *l. 6. §. ult. eod.*

(*p*) *l. 2. eod.* Exempla sume ex *l. 8. §. 1. d. l. 6. §. item quæritur. l. 23. eod.*

(*q*) Ita tamen, ut lucrum cum damno casu dato pensetur. *l. 9. eod.* cui non obstant *l. 23. §. 1. & l. 26. pro soc.* loquuntur enim de damno culpa dato, quod & Castal. notat ad *d. l. 9.*

(*r*) Præstandaque in omnibus dolus, & culpa. *l. 11. hoc tit.* Exemplo ad eam rem accommodato utuntur veteres in debitore, qui creditoris sui negotia gessit. *d. l. 6 §. ult. l. 7. l. 35. eod.*

(*s*) Sicut diserte scriptum est in §. 1. *Inst. de obl. quæ qu. ex cont.* & generaliter de quovis voluntario administratore in *l. 21. C. mand.* At, inquis, nulla hic utilitas vertitur gestoris. Satis est, inquam, quod se ultro offert, & immiscet rei alienæ. *l. 1. §. sæpe depos. l. culpa, 35. de reg. jur.* Dicis, nemini officium suum debere esse damnosum, sed neque nocet alteri, si culpa officium præcesserit.

(*t*) Traditur hoc in *l. 3. §. interdum. ff. hoc tit.*

(*u*) *d. §. 1. Inst. de obl. quæ qu. ex cont.* & pupillis, & furiosis. *l. 24. §. ult. de obl. & act.*

(*x*) Quæ voluntariæ administrationis ita propria est, ut ex aliis causis non competat. Vid. D. Bronchorst. 2. *assert.* 13. Oldend. 4. *act.* 25.

(*y*) Nam si, exempli causa, pupillus gesserit, non tenebitur, nisi quatenus locupletior factus est: *d. l. 3. §. 4.*

(*z*) Hæc hujusce juris ratio est apud Just. in *d. §. 1.* & apud Cajum in *l. 5. in pr. de obl. & act.* & in §. 1. *Inst. de obl. quæ qu. ex cont.*

(*a*) Vide *l. 2. l. 28. ff. l. 10. & l. 18. C. hoc tit.*

(*b*) *l. si pro te, 40. ff. mand. l. ult. C. hoc tit.*

(*c*) *l. 2. in fin. C. eod. hoc tit.*

(*d*) *l. 4. l. 12. C. eod.*

opinione (*e*) gerentis, nonnunquam ex affectu pro qualitate personarum (*f*) colligitur. Datur adversus omnes, quorum negotium gestum est, etiam adversus furiosos, & pupillos, quamvis ex aliis causis sine tutorum auctoritate non obligantur; quod ideo placuit, quia hæc obligatio non ex consensu, sed ex (*g*) re nascitur. Ceterum hoc reliqui a furioso, & pupillo discrepant, quod ad ceteros obligandos sufficiat negotium utiliter cœptum esse, licet effectum non habuerit: pupilli autem, & furiosi non aliter teneantur; quam si tempore litis contestatæ (*h*) locupletiores fuerint. Verum hæc distinctio ad impensas necessarias non pertinet.

CAPUT XLII.

De administratione tutorum, & curatorum.

IN administratione necessaria non omnia perinde, ut in voluntaria, se habent, ideoque separatim de ea cognoscendum. In ea, quæ tutoribus, & curatoribus incumbit, hæc primum quærenda: an tutor recte datus tutelam gerere debeat; ex quo tempore; quam necesse habeat; quantum ad curam cujusque pertineat. Tutelam, utpote munus (*i*) publicum, sine justa excusatione detrectare non licet. Si cesset tutor, nec ullam excusationem intra tempora præstituta proponat, aut talem, quæ recepta non sit, periculo tutelæ obstringitur; ex quo primum scivit, se tutorem (*k*) datum. Cogendi ratio duplex: extraordinaria, remediis (*l*) prætoriis, mulctæ dictione, & pignoribus captis; & ordinaria, proposito periculi metu, quod judicio (*m*) tutelæ præstare cogitur. Datus autem tutor ad universum (*n*) patrimonium datus esse creditur. Cui consequens est, etiam id, quod postea accessit, ad curam ejus pertinere. Si plures dati sint, si quidem tutela inter ipsos divisa non est, commune omnium periculum est, & in (*o*) solidum universi tenentur; quod si a testatore, aut magistratu (*p*) causa cognita, tutela divisa erit, sive in partes, aut regiones, sive administratione uni mandata, divisio administratione, & periculo modum (*q*) facit, nec longius progreditur obligatio, aut necessitas gerendi. Fac inter duos divisam esse administrationem, puta unum rerum Italicarum, alterum provincialium tutorem datum; alteri res commissas alter non geret, nec invicem (*r*) periculum sustinebunt. Simili modo, si uni ex pluribus administratio decreta est, solus hic gerere debet; ceterorum, quos honorarios appellamus, in gerendo partes nullæ, quamvis excussis facultatibus ejus, qui gessit, & ipsi conveniri possint propter observationem, & custodiam ipsis (*s*) commissam. Illud hic in universum tenendum, divisionem tutelæ modum quidem administrationi facere inter tutores ipsos; ceterum experiri cum pupillo, aut compensationem objicere volenti non obstare (*t*).

Administratio tutoris duabus in rebus posita est: potestate gerendi, & officio. De potestate, quæ libertatem pupilli quodammodo imminuit, dictum est libro (*u*) superiore. Officium solum huc pertinet; quippe in quo versatur tutelæ obligatio, quia tutor ex quasi contractu obstringitur. Officium hoc duas partes habet, quarum una continet præparationem quamdam ad administrationem; altera posita est in ipsa administratione. In præparatione duæ res a tutore exiguntur: satisdatio ab iis, qui satisdare (*x*) tenentur: ab omnibus inventarii rerum pupillarium ad administrationem pertinentium publica confectio. Detrectantium satisdare hæc pœna, ut removeantur, & nihilominus suo (*y*) periculo cessent. Inventarii quoque non confecti pœnæ non leves; remotio, item & infamia, tum, si quid pupil-

(*e*) Exempli causa, si possessor in alieno ædificavit, aut sevit; cui, si bona fide possidet, consulitur per retentionem. *l.* 14. §. 1. *comm. div. l.* 33. *de cond. ind. l.* 14. *de dol. exc.* §. 30. *& seq. Inst. de rer. div.*

(*f*) Quæ conjectura quibus in personis, causisque admissa sit, ostendunt *l.* 1. *l.* 11. *l.* 13. *l.* 15. C. *l. is qui*, 34. ff. *eod.* conjunge *l. Nesennius*, 34. *l. quæ pater*, 30. *eod.*

(*g*) Hoc est, commodo, quod ad eos ex gestu pervenit. *l. furiosus*, 46. *de obl. & act.*

(*h*) Vid. *l.* 10. junct. *l. litis*, 37. ff. *hoc tit.*

(*i*) *Inst. de excus. in pr. l.* 1. §. *ult. de mun. & hon.*

(*k*) *l.* 1. *l. tutor*, 20. ff. *hoc tit. de adm. tut.*

(*l*) *d. l.* 1. junct. *l.* 1. §. *quid ergo*, 3. *de insp. vent.*

(*m*) *d. l.* 1. §. 1. *l.* 1. *de tut. & rat. distr.*

(*n*) §. *datus. Inst. de excus.* Interdum tamen ad augmentum curator datur, neque idcirco tamen ejus augmenti cura ad tutorem pertinere desinit. *l.* 9. §. *pen. & ult. hoc tit.*

(*o*) Quod totidem verbis traditur in *l. tres tutores*, 55. *in pr. eod.*

(*p*) Ipsi vero tutores tutelam dividentes conventione sua periculum non mutant. *l. ult. C. de div. tut.*

(*q*) *l.* 2. *C. d. tit. l. inter*, 36. ff. *hoc tit.* Semper tamen a voluntate patris incipiendum. *l.* 3. §. *si non eod.* Sed nec electio patris rata est, si aut omnes gerere velint. *d. l.* 3. § *pen.* aut Prætor electum comperiat minus esse idoneum. *d. l.* 3. §. 3. Prætoris quoque electio has conditiones habet, ut aliis convocatis decernat de sententia majoris partis, ut ne alii recusent. *d. l.* 3. §. *si non. & seqq.* electionis ratio est in *d. l.* 3. §. *appareat.*

(*r*) *l.* 4. *eod. l.* 4. *de auct. tut. l. si duo.* 51. *in fin. hoc tit. l.* 2. *C. de per tut.* temperamentum tamen adhibe ex *l.* 2. *C. de div. tut. l.* 14. *l. Titium*, 47. §. 2. ff. *hoc tit.*

(*s*) *d. l.* 3. §. 2. *l.* 4. *l.* 6. *de auct. tut.*

(*t*) *l. inter*, 36. *hoc tit.* Siquidem ratione pupilli tutela semper una est, & individua divisio, non juris, sed jurisdictionis. Eleganter Brisson. *tit. de comp. lib* 2. *de solut.*

(*u*) *cap.* 12. *de potestate tutorum.*

(*x*) Quinam hi sint, ostendimus *lib.* 1. *c.* 11.

(*y*) *l.* 1. *hoc tit.* junct. *l.* 3. *& ult. C. de tut. qui sat. non ded.*

pupilli ob id factum interierit, id jurejurando ejus in litem æstimatur (z).

Confecto inventario, satisdatioreque, quibus in causis exigitur, præstita, officium tutelæ secure suscipitur. Id consistit tum in persona pupilli tuenda, tum in rebus ejus curandis. Tuitio tribus rebus continetur: educatione, institutione, defensione pupilli. Ad educandum, instituendumque pupillum sumptus faciendi pro facultatibus ejus, & dignitate † familiæ. Hic si tutor copiam sui non faciat, ut hæc pupillo præstentur, removeri poterit tamquam suspectus; & si pergat latitare, mittetur pupillus in possessionem bonorum ejus, & quæ mora deteriora futura sunt, dato curatore (a) distrahentur. Ad defensionem hæc pertinent (b): solutio, judicium, stipulatio. Solutio, si id, quod petitur, constet a pupillo deberi. Judicium, si incertum est, an debeatur. Stipulatio, si dubitetur, an tutor datus sit, aut an tutela adhuc perseveret; quo casu ab eo, qui pupilli nomine agit, satisdatio exigitur, rem pupilli salvam fore, ab eo, qui convenitur, judicatum solvi.

In rebus gerendis officium tutoris est, ut omnia ex utilitate pupilli bona fide (c) curet. Hinc obligatio hujus officii duplex: gesti una, altera non gesti. Gesti obligatio easdem (d) præstationes habet, quas administratio voluntaria: non gesti hanc, ut si quid ob negligentiam tutoris pupillus non habeat, quod habere potuisset, id damnum pupillo sarciat. Enimvero quoniam necessitas gerendi excusatione digna est, si quis tantum præstat, quantum potest, non majorem diligentiam a tutore requiremus, quam quantum suis (e) rebus adhibere solet. Illud hoc loco addendum, præceptum testatoris, quo jubetur tutor immunis esse a rationibus reddendis (f), nullius esse momenti, quoniam, impunitate proposita, invitaretur ad delinquendum.

Ad hæc obtinenda præcipue prodita est pupillo generalis actio tutelæ directa, qua (g), finita demum tutela, experiri potest. Si plures sint tutores, primo loco convenitur is, qui (h) gessit; quod si is solvendo non sit, hoc alios onerat. Si omnes pariter gesserunt, ipso (i) quidem jure singuli in solidum tenentur; sed id jus ex bono, & æquo mitigatur proposito (k) triplici beneficio. Primum est, ut si omnes tempore litis contestatæ (l) solvendo sint, utantur beneficio divisionis ad exemplum fidejussorum. Alterum est cedendarum actionum, ut tutori solidum solvere parato actiones suas pupillus cedat. Tertium, ut, si omissis superioribus remediis, tutor solidum solverit, nihilominus utili actione tutelæ contutores suos (m) convenire possit. Est & alia actio de rationibus distrahendis, quæ in (n) duplum competit de iis rebus dumtaxat, quæ in tutela gerenda ex bonis pupilli ablatæ sunt. Accedunt insuper & duæ aliæ: una ex stipulatu adversus (o) fidejussores datos ab his, qui satisdare solent, rem pupilli salvam fore: altera hypothecaria adversus possessores pignorum; nam pro officio administrationis bona tutoris pupillo tacite sunt obligata (p).

Vice mutua tutor cum pupillo, cujus tutelam gessit, habet (q) contrarium tutelæ judicium: quo si vel impenderit quid in rem pupilli, sive aut se, aut res suas pro pupillo obligaverit, & impensas recipiat, & obligatione liberetur. Salarium utique pro administratione non petet, præterquam si constitutum sit ab eo, qui eum tutorem (r) dedit. Quæ de obligationibus mutuis inter pupillum, & tutorem dicta sunt, eadem, mutatis personis, ad curatores, & adultos (s) transferantur. Unum hoc dissimile, quod curatores, etiam durante adhuc cura, utili negotiorum gestorum actione singularum rerum nomine (t) conveniri possint.

CA-

(z) *l. 7. in pr. hoc tit. l. ult. C. arb. tut.*

† *l. 12. §. pen. hoc tit.* Quantum videlicet vir bonus arbitrabitur, nec tamen alienum est ab officio tutoris, si dubitabit, Prætorem eo nomine adire. *l. 2. Cod. de al. pup. præst.*

(a) *l. 3. §. tutor. l. 7. §. pen. & ult. de susp. tut. §. si quis. Inst. eod.*

(b) Quæ indicantur in *l. 10. ff. hoc tit.*

(c) Si quid damni dolo, aut culpa ejus factum sit, id præstet. *l. 1. de tut. & rat. dist.* junct. *l. quidquid. C. arb. tut.*

(d) Unam de restitutione quæsitorum. *d. l. 1. & d. l. quidquid.* alteram de male gestis, cujus exemplum est in *l. 16. hoc tit.*

(e) *d. l. 1. l. 7. §. 2. l. tutores, 33. in pr. ff. hoc tit.* Pet. Fab. in *l. 23. de reg. jur.* contra Cujac. *ibid.*

(f) *l. 5. §. Julianus.* ubi Gothof. *hoc tit.*

(g) *§. 2. Inst. de ob quæ qu. ex contr. §. ult. Inst. de Attil. tut. l. 4. de tut. & rat. dist.* Nostris moribus tenentur tutores etiam quotannis rationem reddere.

(h) Et fidejussores ejus. *l. ult. C. de div. tut. l. tutores, 39. §. in sum. hoc tit.*

(i) Quo sensu accipienda *l. 2. in fin. C. d. tit.* item *l. 6. in fin. C. arb. tut.*

(k) Ut videre est in *l. 1. §. nunc tractemus seqq. de tut. & rat. dist.*

(l) Opponenti autem hanc exceptionem probandum est reliquos solvendo esse. Ant. Fab. *jurisp. 1. tit. 12. pr. 8. ill.* 18.

(m) Tali remedio altero ex fidejussoribus solidum solvente non est locus. *l. 11.* ubi Don. *C. de fideju.*

(n) Ut in duplo & simplum contineatur. *l. 2. in fin. de tut. & rat. dist.*

(o) Consule *tit. ff. & C. de fid. tut.*

(p) *l. pro officio, 20. C. hoc tit.*

(q) *§. 2. Inst. de obl. quæ qu. ex cont. l. 1. & 3. §. 11. de cont. & ut. tut. act.* Sufficit autem tutori bene, & diligenter negotia gessisse, etsi eventum adversum habuit, quod gestum est. *d. l. 3. §. Sufficit.* in quo differt hæc actio a contraria negotiorum gestorum, si contra pupillum agatur; ut dictum est *cap. præc. in fin.*

(r) *l. a tutoribus, 33. §. ult. hoc tit.*

(s) Siquidem omnia, tamquam conjunctim de curatoribus constituta essent, accipi debent. *arg. l. 8. §. 1. de reb. cor. qui sub tut. l. 4. §. quæ in tutore, 25. de dol. mal except.*

(t) *l. 26. §. 4. de tut. & rat. distr. l. cum curatore, 26. hoc tit. l. 7. C. arb. tut.*

CAPUT XLIII.

De obligatione, quæ ex rei communis tractatione nascitur.

Rerum communio inter aliquos constituta, sive hæreditatis inter cohæredes, sive rerum singularum inter eos, quibus eadem res donata, aut legata est, aut in commune empta, duarum rerum obligationem parit; nam & socium ad rerum divisionem obligat; & in communione manenti quasdam præstationes ad eam rem pertinentes imponit. Prima, & præcipua hic obligatio est, quod socius, si sponte communionem omittere nolit (*u*), compellatur ad divisionem judicio divisorio; in quo hoc maxime agi constat, ut, sua cuique parte adjudicata, a communione, quam nec suscipere, nec retinere quisquam (*x*) cogitur, discedatur. Divisio rerum qualis sit, quæ in ea adjudicatio, quæve mutua condemnatio, alibi explicabitur.

Præstationes personales sunt (*y*) tres; inducuntur enim aut lucri, aut damni, aut impensarum nomine, quæ quidem res in re communi inciderunt. Lucri, ut si quid ad unum ex sociis ex re (*z*) communi pervenit, id ceteris communicet. Damni, ut si quid damni in re communi datum, factumve est † culpa unius, id ceteris proportione cujusque sarciat. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est; quoniam socius propter suam partem (*a*) causam habuit gerendi. Impensarum, ut, si quæ ab uno in res communes factæ sunt, quas propter partem suam necesse habuit facere, ei a ceteris pro rata (*b*) præstentur. Quorum omnium consequendorum causa comparatæ sunt (*c*) actiones, inter hæredes familiæ erciscundæ, inter eos, quibus res una, vel plures communes sunt extra causam hæreditatis, communi dividundo. Sive autem propter præstationes illas, sive propter divisionem rerum hæc judicia reddantur, semper ex quasi contractu proficiscuntur (*d*).

CAPUT XLIV.

De agnitione supremæ voluntatis, quos, quibus ex quasi contractu obliget.

Etiam supremæ voluntatis agnitio ignorantes nos ignorantibus obligat; quod est alterum genus, quo ex quasi contractu obligamur. Hoc facto obligantur duo genera personarum: hæres hæreditatem amplectendo; legatarius agnoscendo legatum. Hæres amplectendo hæreditatem, simul judicium defuncti agnoscere, seque oneribus, quæ ex voluntate defuncti subeunda sunt, subjicere (*e*) creditur. Ex hac causa obligatur hæres duobus generibus creditorum (*f*): hæreditariis, & testamentariis. Hæreditariis duplici jure: primum jure hæreditario; nam hæreditas, quæsita hæredem obligat æri (*g*) alieno. Isto vero modo non obligatur hæres ex quasi contractu, sed quæ actio adversus defunctum antea fuit (*h*), eadem est & adversus hæredem. Altero jure, ex facto suo, & quasi contractu; nam dum hæreditatem adit, aut sese hæreditati immiscet, hoc facto quodammodo cum creditoribus (*i*) contrahere videtur. Minus tamen proprie hæc obligatio ex quasi contractu esse dicitur; quippe quæ a defuncto prius profecta sit. Proprie obligatur hæres quasi ex contractu creditoribus testamentariis, seu legatariis, & fideicommissariis, quibus quid a defuncto relictum est ab hærede præstandum, ubi sola debendi causa est agnitio (*k*) voluntatis defuncti.

Eadem obligationis ratio est in legatariis, & fideicommissariis, a quibus quid relictum est, eædem adversus eos (*l*) actiones ejus rei obtinendæ causa constitutæ. De quibus scriptum est (*m*) cap. 62. lib. 1.

CA-

(*u*) *l. 1. fam. erc. l. 1. com. div. §. quædam actiones. Inst. de act. §. si familiæ. & seq. Inst. de off. Jud.*

(*x*) *l. si non sortem, 26. §. 4. de condit. in d. l. ult. C. com. div.*

(*y*) Quæ indicantur in commune in *l. quibus, 34. junct. l. 31. pro soc. in judicio comm. div. in l. 3. comm. div.* Constat autem, semota divisione hæreditatis, cetera utrique judicio esse communia. *l. 8. §. 2. dict. tit.*

(*z*) *l. 25. §. si unus, 15. fam. erc.* Non sunt in eadem causa, quæ partes divisæ ad socios pertinent. Finge unum ex hæredibus pecuniam debitam exegisse; non fam. erciſc. sed negot. gest. actione tenebitur. Alia species est in *l. 20. C. fam. erc.*

† Veluti si chirographa hæreditaria deleverit, aut si quid corruperit. *l. 16. §. pen. eod.* Alia exempla in *d. l. 25. §. item culpæ, 18. in l. 44. §. quod ex facto, 5. ff. eod.*

(*a*) *d. l. 25. §. non tantum.*

(*b*) *§. 3. Inst. de obl. quæ qu. ex cont. l. 18. §. 3. fam. erciſc.* exem. in *l. 25. §. si unus, 15. fam. erciſc.*

(*c*) *§. quædam actiones. Inst. de act. tit. ff. & C. fam erc. & com. div.*

(*d*) *§. 3. & 4. Inst. de obl. quæ qu. ex cont. d. l. 25. §. non tantum. fam. erc.*

(*e*) *l. 2. C. de hær. act. §. 2. & ult. Instit. de hær. qual. & diff.*

(*f*) Proprie illi dicuntur creditores hæreditarii, qui actionem habent, quæ a defuncto cœpit. *l. ult. C. d. tit.* habentur tamen & legata actionum hæreditariarum loco. *l. 40. de ob. & act.*

(*g*) *l. hæreditas, 62. de reg. jur. l. 8. l. hæres, 37. de acq. hæred.*

(*h*) Sive ea sit ex contractu. *l. ex contractibus, 49. de ob. & act.* sive ex alia causa, ex qua in hæredem transeat; sicuti transeunt omnes, quæ non sunt pœnales ex maleficio. *§. 1. Inst. de perp. & tem. act.*

(*i*) *l. 3. in fin. & l. seq. ff. quib. ex caus. in poss. eat.*

(*k*) *§. hæres quoque. Instit. de ob. quæ qua. ex cont. l. 5. § 2. ff. de ob. & act.*

(*l*) *l. pen. C. com. de leg. l. un. §. 5. in fin. C. de cad. toll.*

(*m*) Hic causam obligationis indicasse sufficit, vis, & usus ad legata pertinet.

CAPUT XLV.

De obligationibus, quæ ex delicto nascuntur. Primum de injuriis.

DE obligationibus, quæ ex contractu, quæ item quasi ex contractu nascuntur, hactenus disputavimus: Tertia causa obligationum sequitur (*n*) maleficium. Maleficium species est delicti, seu peccati. Delictum est id omne, quod committitur adversus officium, seu legem Dei, & naturæ, omnium hominum mentibus inscriptam. Delictis offenditur aut Deus proprie, aut respublica, aut homines privati. Deus, cum peccatur adversus eam partem legis, quæ cultum, & amorem erga Deum exigit. Respublica, cum status publicus turbatur, dissipatur, evertitur seditione, homicidio, adulteriis, peculatu, & similibus peccatis, quæ (*o*) crimina dicuntur, & delicta publica; propterea quod accusationem ad vindictam delicti jure publico paratam habent. In privatos delinquimus, aut in nosmetipsos, cum adversus nos ipsos imprudenter, ignave, intemperanter quid admittimus: aut in alios privatos, idque aut (*p*) negligendo, aut faciendo. Illud neglectus alieni, hoc maleficium proprie appellatur, ex quo solo privatis obligamur. Maleficium est omne factum, quo nocetur, detrahiturque quid alteri injuria. Nocitum alteri esse si volumus, cogitationis, aut consilii, nisi res sequuta sit, pœnam nemo (*q*) patitur. Excepti duo: calumniator, & servi corruptor, quos placuit etiam re non (*r*) sequuta obligari. Maleficium omne aut in personam alterius infertur, aut in res; illud injuria proprie dicitur; hoc alieni detractionem appellabimus.

Quidquid non jure fit, id generali vocabulo injuria vocatur; verum injuriam hic specialiter accipimus (*f*) contumeliam, quam Græci ὕβριν appellant; eamque sic definimus, ut sit factum omne, quo alterius persona læditur dolo malo. Personæ cujusque propria sunt, quamdiu vivit, hæc tria: incolumitas corporis; libertas; existimatio (*t*). Incolumitas corporis læditur pulsando, verberando; libertas, si quis nos prohibeat uti iis, quæ sunt omnium civium communia, aut rebus nostris propriis; existimatio, & fama tripliciter: dicto, ut conviciis: scripto, sive (*u*) carmine famoso: facto ad turpitudinis notam (*x*) comparato. Quæ omnia ad duo genera injuriæ (*y*) revocari possunt, ut dicamus, omnem injuriam aut re fieri, aut verbis, vel lingua scilicet nuncupatis, vel scripto expressis.

Non continuo tamen, ut quid eorum fecerit quis, injuriarum tenetur; sed ita, si duæ hæ conditiones concurrant. Prima est, si quid eorum factum erit contumeliæ gratia, & (*z*) affectu injuriæ inferendæ. Secunda, si innocens sit is, cui injuria facta est. Addamus tertiam, si quis injuriam sibi factam statim ad animum revocaverit. Quod si aut animus injuriæ faciendæ (*a*) aberit, aut (*b*) nocens infamatus sit, aut injuriam (*c*) passus dissimulaverit, tum factum ad hanc obligationem non pertinet.

Injuriarum & criminaliter agitur, & civiliter. Criminaliter ad coercitionem (*d*) extraordinariam vel corporis, vel ad pœnam pecuniariam fisco pendendam. Famosi libelli accusatio publica est, & pœna (*e*) capitalis, non tantum in auctorem, sed etiam in eum, qui invenit, nec combussit, sed evulgavit. Civilis actio, quæ hujus loci est, pecuniariam pœnam continet cum infamia; quæ pœna pro atro-

---

(*n*) *Inst. de obl. quæ ex del. in pr. l. 4. ff. de obl. & act.* Unde is, cui ex maleficio quid debetur, non minus vere creditor est, quam cui ex contractu *l. 12. de verb. sign.* ubi Gœd. Ceterum hæ obligationes unius sunt generis, nam omnes ex re, idest, ipso maleficio nascuntur. *d. l. 4. & d. pr. Inst. hoc tit.*

(*o*) Appellantur tamen & maleficia *l. 1. de publ. jud. l. quædam. de pœn.* Vid. de hisce appellationibus, & similibus, ut sceleris, flagitii, facinoris, Tiber. Dec. *tract. crim. lib. 1.*

(*p*) Quod & M. Tullius intellexit *lib. 1. off.* ubi duo genera injustitiæ posuit.

(*q*) *l. 18. de pœn.* exempli causa, si quis curaverit convicium alicui fieri, nec tamen factum sit. *l. 15. §. si curaverit, 10. ff. de injur.*

(*r*) *l. 1. in pr. l. 3. l. 7. de calumn. §. sed etsi, 8. Inst. hoc tit. l. 20. C. de furt.* In delictis publicis plures hujus regulæ sunt exceptiones. Vid. quæ strictim notat Goth. ad *d. l. 18. & ad* Nov. 134. *c.* 10.

(*f*) *Inst. hoc tit. de injur. in pr. l. 1. ff. eod.*

(*t*) Proinde quisquis adversus ea quid contumeliæ causa fecerit, injuriam committit. *d. l. 1. §. 1. 5. l. 13. §. ult. l. 15. §. 2. seq. eod.*

(*u*) Idest, famosis libellis, quos Pasquillos hodie appellitant, quod Romæ ad truncam Pasquini cujusdam statuam affigi solent.

(*x*) Exemp. in *d. l. 15. §. si quis, 15. & seqq.* aut etiam gestu ad contumeliam alicujus composito. De quo genere vid. Damh. *prax. crim. c.* 140. Tess. *decis.* 229.

(*y*) Quod & Labeo fecit. *d. l. 1. §. 1.* & DD. vulgo ad realem, & verbalem referunt, atque ad hanc eam, quæ scripto infertur. Fach. 9. *conj. c.* 9. tamen Gail. 2. *obs.* 104. negat anno eam tolli.

(*z*) Quippe ex affectu facientis injuria consistit. *l. 3. §. 1. eod.*

(*a*) Abesse autem intelligitur aut ex conditione personæ facientis, puta si doli non sit capax. *d. l. 3.* aut ex causa præcedente. exemp. in *l. 4. l. 13. §. 1. & 2. l. 15. §. meminisse. eod. l. 5. in fin. & leg. seqq. ad leg. Aquil.*

(*b*) Quia expedit nota esse peccata nocentium. *l. 18. hoc tit.* Secus igitur, si quid objiciatur, quod patefieri nihil publice interest, vitium forte, aut defectus naturæ. Vid. Gail. 2. *obs.* 99.

(*c*) Injuria dissimulatione aboletur. *l. 11. §. 1. ff. §. ult. Inst. eod.*

(*d*) *l. ult. ff. §. 10. Inst. eod.* proinde non est hujus loci.

(*e*) *l. un. C. de fam. lib.* Olim ex S. C. condemnatus jubebatur esse intestabilis. *l. 18. §. 1. qui test. fac. l. 5. §. antep. & seq. hoc tit. l. 21. de test.* Vid. plura apud Freher. *lib. 3. de infam. c. 9.*

atrocitate injuriæ crescit; primumque ei, cui facta est injuria, deinde arbitrio judicis æstimanda (*f*) permittitur. Atrox (*g*) injuria æstimatur aut ex facto, aut ex persona; cui fit, aut ex loco tum ubi, tum vulneris; aut ex tempore, puta ludorum, convivii, quæ omnia infinitos anfractus habent. Datur hæc actio adversus eos, qui fecerunt injuriam, quive, ut quid eorum fieret, procurarunt. Iis datur, qui passi sunt injuriam vel per se, vel per alios. Per alios (*h*) patiuntur, dominus per servum, pater per liberos, maritus per uxorem, sponsus per sponsam, socer per nurum, hæres, si defuncto, aut funeri defuncti injuria facta est. Ex tribus (*i*) causis lex Cornelia actionem dedit; quod quis pulsatus, verberatusve, aut domus ejus vi introita sit. Igitur ex his causis actio civilis est, & (*k*) perpetua; ex ceteris, quia ex edicto datur, anno (*l*) finitur. Adversus eos, qui Magistratui injuriam inferunt, dum ejus auctoritatem in rebus ad jurisdictionem pertinentibus contemnunt, peculiares pœnæ constitutæ quinquaginta † aureorum adversus eos, qui id, quod jurisdictionis perpetuæ causa propositum est, dolo malo corruperint; adversus eum, qui jus dicenti non obtemperaverit, quanti ea (*m*) res est, idest, contemptus, de quo vindicando agitur, judicium datur. Utrumque hoc judicium peculiare est (*n*).

CAPUT XLVI.

De servo, & filiofam. corrupto; item de damno injuria dato.

DEtractio rei alienæ duplex; damnum, & alieni subtractio. Damnum (*o*) est, cum res alienas deminuimus nullius nostri commodi causa. Damnum hoc aut in rerum interitu, & corruptione consistit, aut salvis rebus, dominis tamen contingit. Corruptio aut animo infertur, aut corpori. Animo, ut cum quis servum alienum corrupit, aut filiumfamilias. Hinc actio de servo corrupto; directa de servo, utilis de filiofam. quæ in duplum constituitur ejus, quanti ea res est, & post annum in simplum, ut tamen liberi hominis æstimatio nulla fiat (*p*).

Corporis interitus, aut corruptio contingit tunc, cum rebus alienis damnum datum est injuria, sive servus alienus, aut quadrupes occisa sit, aut vulnerata, aut quid ustum, ruptum, fractumve. Atque hoc damnum est, quod vindicatur lege Aquilia. Injuria autem sic veteres acceperunt, non jure, sive quod idem est (*q*), culpa. Culpa autem factum esse intelligitur, si prævideri periculum potuit, neque prævisum est; nam & (*r*) levissima culpa in lege Aquilia venit; cujus rei exempla passim (*s*) occurrunt. Toties igitur damnum dantes hac lege tenemur, quoties nulla causa factum defendit a culpa. Ceterum nonnunquam persona facientis, nonnunquam factum excusatur. Persona facientis, si nulla intelligentia, nullum judicium personæ fuit, ut si furiosus, si impubes, qui doli capax (*t*) non sit, damnum dederint. Factum a culpa excusatur quatuor ex causis: Primo, si non fuit in potestate ejus, qui damnum dedit, non facere, puta si ab alio (*u*) impulsus damnum dederit. Secundo, si fuit in potestate ejus, & data opera fecit, verum jure suo id fecit; veluti (*x*) si quis aggressorem, vel furem nocturnum, aut diurnum se telo defendentem, si taurum irruentem occideret, si incendii arcendi causa vicinas (*y*) inciderit ædes; nam quod quis ob tutelam corporis, aut rerum suarum defensionem fecit, cum aliter

(*f*) Antiquata pœna l. duodecim Tabul., quæ ob membrum ruptum talio erat. §. *pœna*. *Inst.* *l.* 15. § *quod ait*. *ff.* *eod.* Agell. 20. *cap.* 1. Ex more nostri fori agitur ad duplicem amendam (ut loquuntur) profitabilem; quam a læso æstimatam moderatur Judex, & honorabilem, quæ continet, recantionem, sive palinodiam.

(*g*) §. *atrox*. *Inst.* *l.* 7. §. *ult.* *cum du. ll. seqq.* *ff.* *eod.*

(*h*) §. *patitur*. *Inst.* *l.* 1. §. 3. *& deinceps*. *l.* 2. *l.* 15. §. *sponsum*. *ff.* *l.* 2. *C.* *eod.*

(*i*) Tanquam speciali animadversione dignis. *l.* 5. *ff.* §. 8. *Inst.* *eod.*

(*k*) *Ar. pr. Inst. de perp. & temp. act.* Idem de actione ob famosum carmen affirmaverim, quia est ex S. C.

(*l*) *l.* *in honorariis*. *de obl. & act.* Ceterum hæredi, aut in hæredem, lite cum defuncto non contestata, nunquam datur. §. 1. *Inst.* *d. tit.*

† In Florentinis legitur quingenta aureorum. *l.* 7. *de jurisd.*

(*m*) *l.* *un.* *si quis jus dic. non obt.* idest, quanti est contemptus jurisdictionis. Vide de hac actione, & superiore Oldend. *clas.* 1. *act.* 2. & 3.

(*n*) *d. l.* 7. *& arg. d. l. un.* Est & inter privatas injurias peculiare genus, quod admittitur in eos, quos sine venia in jus vocare non licet, & vindicatur pœna quinquaginta aureorum. *l.* 2. *l.* 4. *& pen. de in jus voc.* §. *pœnales*. *Inst. de act.* Quod & hodie observatur; tametsi per viatores in jus vocatio fiat. Venia autem in prima instantia impetrata, eam repetere in secunda non est necesse.

(*o*) Quippe dictum ab ademptione, & quasi deminutione patrimonii. *l.* 3. *de damn. inf.* Sed cum rem quærimus, addendum; cum quid deminuitur de alieno nullius nostri lucri causa; alioqui in aliam speciem delicti cadit.

(*p*) *l.* 1. *l.* 14. §. 1. *de ser. cor.* §. *in duplum*. *Inst. de act.*

(*q*) *l.* 5. §. 1. *ff. ad leg. Aquil.* §. 2. *Inst. eodem*.

(*r*) *l. in lege*, 44. *l. si putator*. 31. *ff. eod.*

(*s*) Ex professo autem colliguntur in *dict. l.* 9. §. *ult.* *& sex ll. seqq. eod.*

(*t*) *d. l.* 3. §. *& ideo*. *eod.*

(*u*) *l.* 7. §. 3. *l. si ex plagis*, 52. §. 2. *eod.* In eum autem, qui impulit, in factum actio datur. *d. l.* 7. §. 3.

(*x*) *l.* 4. *l.* 5. *eod.* Nam vim vi repellere omnes leges, omnia jura permittunt. *l. scientiam*, 45. §. 4. *eod.* *l.* 3. *de just. & jur.* *l.* 1. *C. und. vi.*

(*y*) *l. si quis fumo*, 49. §. 1. *ad leg. Aqu.* *l.* 3. §. *pen. de inc. ru. naufr.*

te periculum (z) vitari non posset, jure fecisse existimatur. Tertio, si quis alio consilio fecit, verum casu alium læsit, quem divinare non potuit evenire posse; ut si ramum ex arbore (a) dejecerit in locum suum, in quo nulli extraneo jus erat versandi. Postremo, si in eo, qui læsus est, culpa sit, cur sit læsus; veluti si regula dejecta sit, & is, qui dejecit, tempestive proclamaverit, ut casus vitari possit (b).

In tantum hac actione condemnatio fit, quanti (c) ea res est, idest, quanti est damnum, quod ob rem occisam, aut corruptam (d) contigit. In servis & pecudibus occisis datur actio in id, quanti ea res eo anno plurimi fuit; iisdem vulneratis, & ceteris animalibus tum occisis, tum vulneratis, item in rebus omnibus, quæ anima carent, corruptis, quanti intra (e) triginta dies, quæ pœna adversus (f) inficiantem in duplum crescit. Datur hæc actio iis, quorum rebus (g) nocitum est, adversus eos, qui damnum dederunt (h) corpore suo; si non corpore, sed occasionem damni corpori dati præbuerunt, adhuc (i) utilis competit. Sunt & singulares quædam causæ, ex quibus damni crimen ob certas circumstantias crescit. Primum ex rebus, in arboribus furtim cæsis, quo nomine datur actio (k) in duplum. Secundo ex modo nocendi, si coactis hominibus ad terrorem damnum datum sit, quo casu in quadruplum fit (l) condemnatio. Tertio ex tempore, si in tumultu, & turba quis noceat, qua in specie in duplum; si in naufragio, incendio, ruina, ubi in quadruplum actio constituta est (m).

Cum rebus integris, & incorruptis manentibus patrimonium nostrum diminuitur, id genus damni ad legem Aquiliam non pertinet. Genera hujus damni duo: aut enim fit aliquid in ipsa re, unde ea domino pereat, quamvis integra per se: aut fit alibi aliquid, ex quo dominus postea damnum sentiat. Res per se integra manens hoc genere damni tripliciter domino perit. Uno modo, si quis ea, quæ aqua non corrumpuntur, in (n) flumen dejecerit; puta vas aliquod, aut annulum. Altero modo, si quis animal nostrum inclusum, aut servum compeditum in libertatem, & fugam (o) emiserit. Tertio, si quis rem alienam suæ ita conjunxerit, ut ei (p) cohæreat, & cedat. Harum omnium rerum nomine in subsidium legis Aquiliæ comparata est actio in (q) factum adversus eum, qui damnum dedit; unde intelligitur etiam has obligationes ex maleficio esse. Posterioris generis species sunt quinque: Prima, si quis libello conventionis majorem quantitatem complexus fuerit, ut ex hac causa viatores ampliorem summam sportularum nomine exigerent. Hic si quid damni ob eam causam reus passus est, id in (r) triplum ab actore consequetur. Secunda, si quis rei, quam possidet, controversiam metuens, eam dolo malo judicii mutandi causa alienaverit, qua ex re durior adversarii causa (s) constituatur. Hinc actio in factum in id, quod agentis interest, alium adversarium non habuisse. Tertia, si quis eum, qui in jus vocabitur, vi exemerit; unde (t) actio in tantum, quanti ea res est. Quarta, si cujus dolo malo factum fuerit, quominus quis se judicio sisteret. Hic alias reo, alias actori damnum datur; reo, si pœna deserti vadimonii ob id commissa sit; actori, si ob id dies actionis exierit, aut res usucapta (u) sit

Quin-

(z) Quod nihil aliud est, quam si fecerit cum moderamine inculpatæ tutelæ. *l.* 1. C. *und. vi. l.* 3. *de just. & jur. l.* 45. §. 4. *ad leg. Aquil.* Quibus autem in rebus id moderamen consistat, pulchre explicat Schneid. ad *pr. Inst. de jur. nat. gent. n.* 14. *& seq.*

(a) Et hominem prætereuntem occiderit; nemo enim divinare cogitur. *l. si putatur.* 31. *ad leg. Aqu.* Eodem referri debet species. *l.* 9. §. *ult. ff.* & §. 4. *Instit. eodem.*

(b) *l. qui foveas*, 28. *d. l. si putator. eod.*

(c) *l. ait lex*, 21. *l. inde neratius*, 23. §. 3. *ff.* §. *his autem. Inst. eod.*

(d) Quod explicatur in *d. l.* 21. §. *ult. & ll. aliquot seq.* item in §. *illud. Inst. eod.*

(e) Ut annus, & dies retrorsus numerentur. *d. l.* 21. §. 1. *l. si servus*, 27. §. *tertio. eodem.* qua ratione creditum est pœnalem esse hujus legis actionem. *d.* §. *his autem.*

(f) §. *in duplum.* §. *sed furti*, 26. *Inst. de act.*

(g) Quod primò & tertio capite legis expressum est. *l.* 2. *d. l.* 27. §. *tertio. eod.* secundum in desuetudinem abiit. *d. l.* 27. §. 4. *ad leg. Aquil.*

(h) Sic enim sunt verba legis. *d. l.* 2. *l. ita vulneratus.* 51. *eod.* unde in eum, qui hoc pacto damnum dedit, directa actio. §. *ult. Inst. eod.*

(i) Quippe quæ non ex verbis legis est, sed ex sententia. *d.* §. *ult.* appellatur & in factum. *l.* 9. *ff. eod.* Nempe in factum actio nunc latius accipitur, ut eo nomine etiam utilis contineatur, nunc strictius pro actione distincta ab illa utili. *d.* §. *ult.* quod mox luculentius apparebit.

(k) Cum qua tamen etiam actio hujus legis concurrit. Vid. *l.* 1. *& tot. tit. arb. furt. cæs.*

(l) Ex edicto, quod extat, & explicatur in *l.* 2. *ff. vi. bon. rap.*

(m) Vid. *l.* 4. *d. tit. junct. tot. tit. de inc. ruin. naufr.*

(n) *l. duo*, 23. *de prescr. verb. l. in laqueum*, 55. *in fin. de ac. rer. dom.* Simile exemplum est in §. *interdum. Inst. de obl. quæ ex del.*

(o) Quæ species est in §. *ult. Inst. de leg. Aqu. & in d. l. in laqueum.*

(p) *l. in rem*, 23. §. *item quæcumque*, *de rei vind.*

(q) Quæ distinguitur ab illa utili, quæ est ex sententia legis. *d.* §. *ult.* Et a Prætore datur tamquam ultimum juris nostri persequendi subsidium. *l.* 11. *de prescr. verb.*

(r) §. *tripli*, 24. *Inst. de act.* Sunt autem viatores executores litium, & apparitores; sportulæ dicuntur salaria.

(s) De qua specie est tit. *ff. de alien. jud. mut. caus. fact.*

(t) *Tit. ne quis eum, qui in jus voc. vi. exim.* fit item mentio hujus actionis in §. *pœnal. Inst. de act.* Plura vid. apud Old. *class.* 1. *act.* 5.

(u) *l.* 1. *& ult. de eo, per quem fact. erit. quominus quis in jud. sist.*

Quinta, si Judex (*x*) litem suam fecit, perperam dolo malo judicando; puta si vel gratia ejus, vel inimicitia, vel sordes arguantur. Hinc actio ex maleficio, qua Judex tenetur ei, cui sententia sua nocuit, in veram totius litis (*y*) æstimationem. Per imprudentiam vero male judicans, facit quidem etiam litem suam, & quantum de ea re æquum religioni judicantis videtur (*z*), pœnam sustinet; sed magis est, ut tum ex quasi maleficio teneatur †.

CAPUT XLVII.

De alieni subtractione, furto, rebus amotis, rapina.

ALteram rationem diminuendi patrimonii subtractionem alieni vocavimus, ubi aliena commodi nostri causa ad nos transferimus. Ea duplex: aut enim fit dominis invitis, aut volentibus malis artibus inductis. Invitis dominis iterum bifariam: clam, vi aperta. Clam si fiat, furtum nuncupatur; in conjuge amotio, lenitate verbi turpitudinem facti contegente. Si aperta vi, in rebus mobilibus rapina dicitur; in immobilibus, si vis ad possessionem in totum auferendam spectat, dicitur dejectio; si ad minuendam tantum, aut adimendam facultatem re libere utendi, turbatio alienæ possessionis. Furtum est contrectatio fraudulosa, lucri faciendi gratia, rei, usus (*a*), possessionisve. Definitio hæc tria complectitur: contrectationem, eamque fraudulosam; lucri faciendi gratia. Contrectare est rem manu tractare, & loco (*b*) movere; proinde qui ope, consilio juverunt, fures proprie non sunt, nec condictio furtiva adversus eos competit, tametsi furti æque, atque fures (*c*) tenentur. Sed nec rebus soli hæc definitio convenit (*d*); abolita est enim quorundam veterum sententia, existimantium etiam fundi, locive furtum fieri. Contrectatio fraudulosa est, cum quis rem alienam sciens invito domino animo furandi contractat. Singula hujus definitionis enucleemus. Exigimus, ut sit res aliena; suam rem, quatenus in ea nihil alieni est, nemo fraudulenter (*e*) contrectat; secus est, si quod in ea alieni est conetur intervertere; veluti si debitor rem, quam creditori pignoris causa dedit (*f*), subtraxerit. Rem autem alienam paulo laxius accipimus, & liber homo, qui in aliena (*g*) potestate est, comprehendatur; quod genus furti plagium veteribus dicitur, legibus (*h*) publicorum judiciorum quoque vindicatur. Volumus a sciente rem contrectari. Qui suum esse existimat, fur non est, licet in (*i*) jure, non in facto erret. Exigimus, ut qui contrectat, invito domino id faciat; neque enim fraudantur qui sciunt, & (*k*) consentiunt. Postremo, quamvis quis rem alienam sciens, & invito domino contrectet, tamen, si (*l*) animus furandi abest, furtum non facit. Abesse intelligitur vel ex conditione personæ contrectantis, si is doli capax (*m*) non est, vel ex opinione ex (*n*) justis causis de voluntate domini concepta.

Tertium accedere oportet, ut contrectetur res lucri faciendi causa; alioqui factum in aliud (*o*) genus delicti cadit. Illud non refert, rem ipsam quis, an usum rei, possessionemve intervertat (*p*).

Ex hac causa actiones variæ proditæ; partim rei persequendæ gratia, partim maleficii coercendi. Rei persequendæ gratia tres soli (*q*) domino rei propositæ: vindicatio, ad exhibendum, & condictio furtiva, quæ, quia rei

(*x*) Litem suam facere Judex male judicando dicitur, quia periculo litis se obstringit.

(*y*) *l. 15. de judic. l. 2. C. de pœn. jud. qui mal. jud.*

(*z*) *Instit. de obl. quæ ex qu. del. in pr. l. 5. §. 4. ff. de obl. & act.*

† Atqui imperitia species culpæ est, culpa delictum; unde qui per imperitiam lædit, delinquere dicendus est. *§. 6. & du. seqq. Inst. de leg. Aqu. l. 7. in fin. & l. 8. ff. eod.* Dici potest necessitatem muneris Judicem a delicto excusare. Vid. Vult. ad *pr. Inst. de obl. qua ex quas. del.*

(*a*) *l. 1. § ult. hoc tit. de furt. §. 1. Inst. de obl. quæ ex del.* additur utroque loco, quod jure naturali prohibitum est admittere, quod verum quidem est. Quid enim magis contra naturam, quam locupletari cum aliena jactura, turbare distinctionem dominiorum? furari contra præceptum Decalogi? Vid. Arist. 1. *pol.* Cic. 1. *off.* Brech. Forn. Goed. ad *l. 42. de verb. sign. contra Alc. ibid.* Ceterum ea verba ad definitionem non pertinent, qua explicatur quid sit res, non qualis sit.

(*b*) Solo autem animo furtum non admittitur. *l. 3. §. si rem, 18. de acqu. possess.* Plane per interpretationem etiam ille contrectare intelligitur, quo præsente indebitum ei, quem delegavit, solvitur. *l. falsus, 53. §. 2. hoc tit.*

(*c*) *l. 6. de cond. furt. §. interdum, 11. Inst. de obl. quæ ex del.*

(*d*) *§. 2. in fin. Inst. de usuc. l. 38. ff. eod. l. 25. hoc tit.* Agell. 11. *noct.* 18.

(*e*) *l. 2. §. hac actione, 18. ff. vi bon. rap.*

(*f*) *§. aliquando. Inst. d. tit. l. 19. §. ult. ff. eod. hoc tit.*

(*g*) *§. 9. Inst. d. tit. l. 14. §. si filiusfam. 13. eodem.*

(*h*) *§. est & inter. Inst. de pub. jud. ult. ff. ad leg. Fab. de plag.*

(*i*) Nam ex voluntate, & proposito maleficia æstimantur. *l. qui injuriæ. 53. ff. de furtis.*

(§) *§. 7. & seq. Inst. eod. l. inter, 46. §. recte, & seq. ff. hoc tit.* junct. *l. nemo, 145. de reg. jur.*

(*l*) Nam sine affectu furandi furtum non committitur. *d. §. 7. & pen. Inst. eod.*

(*m*) Ut infans, infantiæ proximus. *d. §. pen. l. 23. eod.* Secus est in pubertati proximis, qui intelligunt quod agunt. *d. loc.* Hodie tamen, quia criminaliter agitur ad pœnam corporalem, id non observatur. Glar. 5. *seu. §. fin. q. 60. n. 3.*

(*n*) *d. §. 7. Inst. de obl. quæ ex del.*

(*o*) Si contumeliæ causa fiat, injuria est; si nocendi tantum gratia, damnum, quod vindicatur lege Aqu. *l. 5. §. ult. ad l. Aqu.*

(*p*) Sicut definitione comprehensum est. Exemp. in *l. 15. §. 1. hoc tit. §. 6. & 9. Inst. eod.*

(*q*) *§. ult. eod. l. 1 & 7. §. 1. de cond. furt. l. 3. §. est autem ad exhib.*

vel persecutionem continet, etiam in hæredem furis in (r) solidum datur. De tigno furtivo alienis ædibus juncto cessat adversus ignorantem vindicatio, & ad exhibendum actio, sed est adversus eum, qui ignorans junxit vetus actio (s) in duplum ex lege duodecim tabularum. Furti coercendi causa, & criminaliter agitur, & civiliter. De (t) actione criminali nunc non quærimus. Civilis, & pecuniaria est actio furti, qua privatus a privato pœnam delicti persequitur. Pœna hæc aut certa est ab initio, aut ex eventu imponitur. Certa ab initio duplex; dupli ex furto manifesto; ex manifesto (u) quadrupli, quod utrumque totum pœna est. Manifestus fur est, qui aut in ipso furto, aut cum re extra destinatum locum deprehenditur. Ceteri nec (x) manifesti. In eos, qui ex ruina, incendio, naufragio, rate, nave expugnata quid amoverunt, semper in (y) quadruplum judicium datur. Pœna, quæ ex eventu condemnatis, aut qui de furto pretio pacti sunt irrogatur, est infamia (z).

Actio furti modo dominis datur, modo iis, quorum interest, furtum factum † non esse; quales sunt commodatarius, creditor in pignore, conductor (a), depositarius quoque, si culpam in se recepit; qui omnes re furto amissa tenentur. Ceterum malæ fidei possessor, quamvis ejus intersit, rem non surripi, actionem tamen furti non (b) habet. Tenentur hac actione & ii, qui furtum fecerunt, & quorum (c) ope, consilio furtum factum est. Hæredes autem furis sola conditione, non autem hac actione, quæ pœnalis est, tenentur.

Interdum etiam evenit, ut nec is, qui furtum fecit, actione furti teneatur: idque in duplici genere personarum: in priore genere sunt servi, & filiifam. Hi, si quid dominis, aut parentibus, quorum in potestate sunt, surripiant, furtum quidem faciunt, & res in furtivam causam cadit; sed furti actio non nascitur, quia nec ex ulla alia causa potest inter eos (d) actio nasci. Excipiemus tamen filiosfamil. qui castrense, aut quasi castrense peculium (e) habent, ad cujus quantitatem procul dubio tenebuntur. In posteriore genere sunt vir, & uxor, inter quos actio rerum amotarum competit, si quid constante matrimonio spe divortii, quod & secutum sit, ab alterutro surreptum erit. Quod jus vitandæ turpis actionis causa ob honorem (f) matrimonii constitutum est. Ceterum rerum amotarum actio non minus ex delicto nascitur, quam conditio furtiva, eamdemque vim (g), & effectum sub alia appellatione habet. Hæc de clandestina subtractione.

De re aliena vi erepta & publica accusatio est ex (h) legibus Juliis de vi, & privata actio vi bonorum raptorum in quadruplum, in quo & rei (i) persequutio continetur. Sed & præter hanc actionem etiam (k) omnes illæ competunt, quæ adversus fures dantur. Quod tamen ita est, si (l) dolo malo quia rapuerit; ceterum si sine dolo, cessat vi bonorum raptorum actio; sed is, qui rapuit, aliis pœnis ex constitutionibus obnoxius est; nam si dominus fuit, dominium rei amittit: si non fuit, dominus, tum post restitutionem rei etiam æstimationem ejus præstare cogitur, conditione ex lege (m).

CAPUT XLVIII.

De interdicto unde vi, aut ut est in Decretalibus, de restitutione spoliatorum.

Dejectio est, cum quis de possessione alicujus loci dejicitur. Hæc vis magis etiam, quam superior, vindicatur (n) legibus Juliis de vi publica, & privata; sed nihilominus

(r) *d.* §. *ult. d. l.* 7. §. *ult.* quod certius liquebit ex iis, quæ tradimus *c.* 63. *inf.*

(s) Qua parte ad hunc locum pertinet. *argum. tit. ff.* §. 6. *de tin. junct.*

(t) Qua fur extra ordinem coercetur. *l. ult. hoc tit.* Apud nos quemadmodum furta vindicantur, satis notum est.

(u) §. 5. *Inst. & ult. Inst. eod.* §. 26. *& seq. de act.*

(x) §. 3. *Inst. eod. l.* 3. *& seqq. ff. eod.*

(y) *l.* 1. junct. *l.* 3. §. *non solum. de inc. ruin. naufr.* Duplatur, & quadruplatur non id, quod interest, sed verum rei pretium. *l. in furti,* 50. *in pr.* ubi vid. quæ notat Got. *ex Forn. ff. eod.*

(z) *l.* 1. *l.* 4. *in pr. &* §. *ult. l.* 6. *de his qui not. inf.*

† Hæc fusissime explicantur in §. *unde constat,* 14. *& seu. seq. ff. eod.*

(a) Si modo & ipsi solvendo sunt; alioqui ad dominum actio redit. *d. loc.*

(b) Ne quis ex improbitate sua actionem consequatur. *l.* 12. §. 1. *eod.*

(c) *l.* 6. *de cond. furtiva.* §. *interdum,* 11. *Inst. eod.* quamvis hi condictione non teneantur.

(d) §. *hi qui, Inst. eod. l.* 16. *ff. eod. l.* 4. *de jud.* §. *pen. Inst. de nox. act.*

(e) *Arg. d. l.* 4. *l.* 2. *de Sen. Mac.* neque tamen tenebuntur actione famosa. *arg. l.* 2. *rer. amot. l.* 11. *de lib. & posth.*

(f) *l.* 1. *& d. l.* 2. *rer. amot.*

(g) *l.* 21. §. *pen. l.* 6. §. 3. *l.* 26. *eod.*

(h) *Tit. ad l. Jul. de vi priv. & tit. ad l. Jul. de vi pub.*

(i) *Inst. de vi bon. rap. in pr.* §. *vi autem,* 19. *Inst de act.*

(k) Furti manifesti, quando est deprehensus, *l. si vendidero,* 40. §. 3. *hoc tit.* nec manifesti, si se celavit. *l.* 1. *vi bon. rap.* item condictione. *l.* 7. §. 1. *de cond. furt.*

(l) §. 1. *Inst. de vi bon. rap. l.* 2. §. *in hac actione,* 18. *eod.*

(m) *l.* 2. §. 1. *l.* 7. *C. unde vi. l.* 13. *quod met. caus.* Sed hunc rigorem apud nos usu antiquatum esse memini me alibi monuisse; nec usquam gentium apud Christianos servari scribit Covar. 3. *resol.* 16. *n.* 7.

(n) *l.* 1. §. 2. *h. tit.* Unde vis, sive de vi, & de vi armata. §. 6. *Inst. de interd.* Apparet autem ex inscriptione ff. & vestigiis veterum duo fuisse interdicta, unum de vi privata, quæ fit sine armis, alterum de vi publica, sive armata, effectu nonnihil dissimili. Vid. 1. *disp.* 20.

minus & ei, qui dejectus est, privata persecutio constituta est, nempe interdictum (*o*) unde vi; sic dictum a primis verbis interdicti, aut loco interdicti (*p*) actio in factum ex obligatione; quam palam est esse ex maleficio, nempe ob vim illatam, quod nunc quærimus. Est autem interdictum hoc (*q*) recuperandæ possessionis, atque in eo duo sunt consideranda: dejectio, sive causa hujus obligationis, & actionis; item ipsa obligatio, & actio. In dejectione spectabimus hæc quatuor: personam dejecti; rem, unde dejicitur; dejiciendi modum; effectum dejectionis. Ad personam dejecti quod attinet, solus dejici intelligitur, qui (*r*) possidet; hoc est, ut alibi definivimus, qui rem animo, & affectu dominantis tenet; juste, sive injuste, per se, aut per alios possideat, nihil (*s*) interest. Qui non possident, etsi rem tenent ex justa causa, ut (*t*) colonus, inquilinus, interdicto non utuntur; quam ob causam necesse fuit fructuario hoc interdictum specia-tim (*u*) proponere. Rem, unde quis pellitur, immobilem esse oportet; nec enim dejicitur quisquam, nisi de loco, aut re soli. De ceteris (*x*) rebus pulso sunt suæ quidem (*y*) actiones; interdictum autem ad eas non pertinet. Modus dejiciendi triplex: si de fundo quis vi (*z*) detrudatur; si advenientem quis vi prohibuerit possessionem † ingredi; si quis possessorem in ipso fundo vi detinuerit vel vinctum, vel ut ibi opus (*a*) faciat. Idemque est, si quis adversus familiam nostram, per quam possidemus, idem admiserit. Enimvero qui vi compulsus possessionem alii tradiderit, interdicto non aget, sed remittendus est ad actionem (*b*), quod metus causa. Ad extremum accedere debet hic effectus dejectionis, ut deturbatus eo facto possessionem amiserit; proinde si quis me dejecerit, meos non dejecerit, non potero hoc interdicto experiri, quia per eos retineo possessionem (*c*).

In obligatione, atque actione interdicti duo genera rerum veniunt: in primis fundus ipse, aut ædes, unde quis dejectus est, ut unde dejectus est, eo restituatur; siquidem hoc interdictum, ut diximus, pertinet ad recuperandam vi amissam (*d*) possessionem. Accessit postea, & alia poena ex constitutionibus; quæ hæc est, ut dominus, qui possessionem rerum apud alium constitutarum invasit, & possessionem, quam abstulit, restituat, & dominium rerum amittat; non dominus una cum re æstimationem restituere (*e*) compellatur. Veniunt deinde ea omnia mobilia, quæ dejectus ibi habuit tempore dejectionis, æstimatione (*f*) jurejurando ipsius committenda; item fructus, omnisque utilitas, quam ex die, quo dejectus est, percipere (*g*) potuisset; & hoc est, quod dicitur, hoc interdicto condemnationem fieri in id, quod actoris (*h*) interfuit. Sed de his rebus intra (*i*) annum tantummodo utilem datur, post annum id in restitutionem venit, quod ad invasorem (*k*) pervenit.

Propositum est hoc interdictum ei, qui dejectus est aut per se, aut per eos, qui ejus nomine sunt in (*l*) possessione. Propositum etiam ei, qui vitiose prius possidebat, idest, vel vi, clam, vel precario, etsi ab eo, qui vi (*m*) dejecit; nam hoc generaliter placuit;

(*o*) Quod practici sub nomine *complainte*, aut *spolii* intelligunt.

(*p*) Sublatis interdictorum formulis. §. *ult. Inst. d. tit.* Apud nos tamen supremum Tribunal, cui jus est etiam in prima instantia de causis possessionum cognoscendi. *artic.* 19. *inst. sup. cur.* veterem usum interdictorum quodammodo servat; certe modus procedendi, & apud Acta concludendi adhuc discrepat. Esse autem in potestate actoris, aut interdicto experiri, aut in factum agere scribit Fab. ad *d.* §. *ult.*

(*q*) Præter hoc interdictum & alia sunt remedia recuperandæ possessionis; receptissimum autem remedium *can. redintegranda*, 3. *qu.* 1. vid. Gail. 2. *obs.* 75.

(*r*) *l.* 1. §. *dejicitur*, 9. *&* §. *interdictum autem hoc*, 03. *ff. de vi, & vi armata.*

(*s*) *d.* §. 9. *& seq. l.* 12. *& l.* 8. *eod.* Causa possidendi non spectatur. *l.* 3. §. 5. *de acqu. poss.* nec modus. §. 5. *Inst. eod.*

(*t*) *d. l.* 1. §. *idemque*, 10. nec obstat *l.* 12. *eod.* nam colonus, qui domino prius dejecto, se pro domino gerit, ipse possidere incipit: nec igitur hæredi dabitur, nisi ipse prius possessionem nactus sit, sed utetur remediis adip. poss. §. 3. *l.* 3. *Inst. de interd.*

(*u*) *l.* 3. §. *unde vi*, 13. *& seqq. eod.*

(*x*) Nave, vehiculo, &c. *d. l.* 1. §. 3. *& quinque seqq.*

(*y*) Injuriarum. *l.* 13. §. *ult. de insur.* furti, vi bonorum rapt. *d. l.* 1. §. 6. *eod.*

(*z*) Aut si ostentato armorum, turbæve metu, fugerit, & occupata sit possessio. *d. l.* 1. §. *idem Labeo*, 29.

† Aut si quis, audito armatos esse in possessione, non accessit. *d. l.* 1. §. *sive autem*, 24. *l.* 3. §. 8. *eod.* in qua specie versatur causa Cæcinnæ.

(*a*) *d. l.* 1. §. *antep. & pen.*

(*b*) De qua *inf. cap.* 53.

(*c*) *d. l.* 1. §. *non alii*, 45. ubi mendum esse apparet, & legendum, qui non possidet, sicut & in Accursianis libris legi testis est Hot. 7. *obs.* 6. est enim interdictum hoc recuperandæ possessionis.

(*d*) *d. l.* 1. *in pr.* §. *recuperandæ*. *Inst. de interd.*

(*e*) *l.* 7. C. *hoc tit. d.* §. *recuperandæ*. sed hæc poena desuetudine dicitur esse abolita.

(*f*) *d. l.* 1. *in pr. &* §. 6. §. *quod autem*, 33. *& seq. l. pen. eod.* junct. *l. si quando*. C. *eodem*.

(*g*) *l.* 1. §. *ex die*, 40. *& seq. eod.* quod jus ex verbo restituendi acceptum est. *argum. l.* 35. *&* 75. *de verb. signif.*

(*h*) *d. l.* 1. §. *non solum*, 41. *l.* 9. *& l.* 15. *eodem*.

(*i*) Quia aliquatenus poenam continet. *d. l.* 1. *in pr. &* §. 39.

(*k*) Ut edicto expressum est. *d. l.* 1. *in pr.*

(*l*) Quales sunt procurator, colonus, item is, qui cum missus esset in possessionem, prohibitur est eam ingredi. *d. l.* 1. §. 22. *l.* 12. *l.* 18. *eodem*.

(*m*) §. 6. *Inst. de interd.* unde sumptum illud vulgatum: Spoliatum ante omnia esse restituendum. *l.* 8. C. *hoc tit. l.* 14. C. *de agric. ca. ex litteris, & cap. conquerente. ext. de restit. spoliat.* Quæ regula quibus in causis officium suum perdat, vid. Papon. *lib.* 8. *tit.* 5. *de redim. des arrests de France.* add. Men. *rec. rem.* 1.

cuit, veterum (n) distinctione repudiata. Sane si dejectus adversarium in continenti, hoc est, in ipsa contentione, & turba iterum dejiciat, adversus hunc cessat (o) interdictum; quia vim vi propulsare licet. Datur hæc actio, sive interdictum adversus eum, qui dejecit, licet non (p) possideat; adversus eum, qui non dejecit, etsi (q) possideat, non datur. Dejecisse autem videtur non tantum is, qui per se dejecit, sed & qui (r) mandavit, ut aliquis dejiceretur, aut dejectionem (s) ratam habuit. Hoc amplius, & dominus tenetur, cujus (t) familia dejecit. Denique adversus patrem quoque, si filiusfamil. dejecit, utile interdictum competit de eo, quod ad eum pervenit (u).

Hæc vis, & potestas interdicti unde vi jure veteri fuit. A Justiniano duo singularia inducta: unum, ut etiam is hoc interdicto teneatur, qui sciens vacuam possessionem occupavit, etsi nulla vi (x) atroci adhibita; alterum, ut omnes hac actione experiri possint, qui nostro nomine in possessione fuerunt, & inde dejecti sunt (y).

CAPUT XLIX.

De vi prohibita ad alienam possessionem turbandam. De interdictis uti possidetis, & utribi.

TUrbatur possessio aliena, cum possessor in possessione manens prohibetur re sua libere uti; quæ vis pecuniaria tantum, & civili pœna coercetur. Turbandi modus duplex: aut manu, & corpore nostro; aut opere facto. Manu, & corpore impeditur possessio, alias rerum corporalium, alias incorporalium. De rebus corporalibus adversus eam vim comparata sunt interdicta duo: uti (z) possidetis in rebus immobilibus, quod tamen de cloacis non (a) proponitur; in mobilibus (b), utrubi. Utriusque (c) causa, & vis eadem, ac proinde satis erit de interdicto uti possidetis cognoscere. Quæstiones hic duæ; eædem nimirum, quæ de interdicto superiore: una de causa hujus interdicti, sive actionis: altera de vi, & potestate, seu quid ea actione contineatur ad juris nostri prosecutionem.

Causa interdicti tria continet. Primum est, ut quis vim (d) faciat, qua possessio nostra impediatur. Vim facere hic dicitur, qui alicubi possessionis (e) controversiam facit, idest, prohibet, quominus possessione sua libere utatur. Fit hoc duobus modis: verbis, aut manu. Verbis in (f) judicio, cum quis se dominum fundi, & simul possessorem esse dicit, petitque ab eo, qui eum fundum tenet, ut eum restituat; is autem negat eum, qui petit, possidere. Hac inficiatione sola controversiam possessionis facit repetenti; possessionis commodum adimit, atque ita vis illi fit, quominus possideat, uti possidet. Eapropter, si adversarius nihilominus de proprietate judicari velit, necessitas ei imponitur petitorio judicio experiundi, subeundique onera petitoris, necessitatem nimirum probandi rem ad se pertinere; quæ probatio sæpe difficilis est. Possessoris autem conditio longe melior, quippe qui actore non probante, etsi ipse nihil præstiterit, absolvitur, manente in loco suo (g) possessione. Orta igitur controversia de proprietate, si initio contentio existat de possessione, utroque litigatore se possessorem esse contendente; non potest petitoria actio institui, quia & civilis, & naturalis ratio facit, ut alius possi-

(n) Quæ hujusmodi fuisse videtur, ut si vi publica dejectus esset ab eo, a quo vitiose possidebat, sine exceptione restituendus esset; sin sine armis, non aliter quam si ab aliq. d. l. 1. §. qui a me, 30. junct. l. 14. eod. Duar. 1. disp. 20.

(o) Magisque possessionem suam retinere, quam novam occupare intelligitur. d. l. 1. §. ut possidere, 28. l. 3. §. eum. & ibi Gloss. eod. Cujac. 5. obs. 18. add. Jas. in l. 6. §. ult. de acq. poss.

(p) l. 1. §. 42. l. 7. eod. cui consequens est illum quod traditur in d. l. 1. §. rectissime, & seq. tum hanc actionem in personam esse.

(q) d. l. 42. & d. l. 7. unde satis intelligitur, non dari adversus singularem successorem; pœnale enim est, & jure personale, cum cetera sint ita personalia, ut sint in rem scripta. Don. ad l. 2. n. 3. C. hoc tit. Vid. & Men. rem. 1. q. 13. & rem. 15. & 16. Adversus heredes datur, quatenus ad eos pervenit. d. l. 2.

(r) Ut uterque teneatur, & qui dejecit, & qui mandavit; sed litis æstimatione ab uno præstita, alter liberatur. d. l. 1. §. 12. & 13.

(s) d. l. 1. §. 14. temperamentum adde ex §. interdictum, 43.

(t) Servi, aut qui servorum sunt loco; sed hactenus, ut aut restituat quod ad eum pervenit, aut servum noxæ dedat. d. l. 1. §. 11. 15. & tres seq.

(u) d. l. 1. §. 20. l. 16. eod.

(x) l. ult. C. eod. non tamen, ut teneatur pœna. l. 7. C. eod. Don. ad d. l. ult.

(y) Integra tamen reservata absenti domino actione. l. 1. Cod. si per vim, vel al. mod. add. Menoch. rec. rem. 6.

(z) §. 4. Inst. de interd. tit. ff. & C. uti possid. Hoc interditum maintenne pragmatici appellant.

(a) l. 1. in pr. eod. Hoc ideo, quia loci corpus, in quo cloaca est, non possidetur. arg. l. 23. de usucap. Est autem eo nomine aliud interdictum, de quo cap. seq.

(b) Quod propter vilem rei mobilis possessionem ab aula recessisse, arrestumque in ejus locum successisse testatur Imb. 1. c. 9. Apud nos tamen in usu est, & communi nomine maintenne dicitur.

(c) Olim autem nonnihil dissimilis erat. Vid. dict. §. 4.

(d) Quod verbis interdicti expressum est. d. l. 1. eod.

(e) l. 3. §. 2. eod. quo etiam pertinet. l. 11. unde vi. alieno loco collocata.

(f) Etsi nunquam antea possessorem inquietaverit. Idem est etsi verbis extra judicium per diffamationem possessio turbetur. Meg. retin. 3. 4. 41. & 42. Gom. in l. Tauri, 45. num. 171. Quod si per diffamationem usus rei non impedfatur, agendum remed. l. diffamari. Cod. de ingman. Gom. d. loc.

(g) l. qui accusare. C. de edend. junct. l. ult. C. de rei vind. & d. §. 4. Inst. de interd.

poſſideat, & commodo poſſeſſionis fruatur, alius a poſſeſſore (*h*) petat, oneraque petitoris ſuſtineat. Ad hanc litem de poſſeſſione dirimendam comparatum eſt hoc interdictum, quo efficitur, ut is, qui poſſidet, poſſeſſor declaretur, & deinceps in judicio proprietatis fruatur commodis poſſeſſionis.

Re, & opere facto impeditur poſſeſſio iterum dupliciter: cum quis prohibetur quid facere in ſuo; puta ſerere, arare, ædificare; item cum quis in alieno quid facere inſtituit; puta ire, agere, domino non concedente, quo caſu etiam actione negatoria de ſervitute experiri licet (*i*).

Secundum exigit cauſa ſuperior, ut vis fiat poſſidenti; ſolum enim (*k*) poſſeſſorem hoc interdictum tuetur. Recipiemus tamen & (*l*) uſufructuarium, & (*m*) ſuperficiarium, multoque magis emphyteutam. Tertium eſt, ut is, cui vis fit, poſſideat nec vi, nec clam, nec precario ab (*n*) adverſario; quod tempore (*o*) litis conteſtatæ in utroque interdicto ſpectatur. Si ab alio quoquam iſtis modis poſſideat, nihilominus interdictum tuebitur poſſeſſionem (*p*).

Vis hujus interdicti in re item, & perſonis conſideranda. In re duplex; una eſt, ut, quem Judex cognoverit poſſidere, eum ſententia ſua talem eſſe declaret; nam ad retinendam poſſeſſionem hoc interdictum comparatum eſt; altera eſt, ut in id, quod actoris intereſt, poſſeſſionem retinuiſſe adverſarium (*r*) condemnet; verum in hanc quantitatem interdictum non datur, niſi intra (*ſ*) annum utilem. Datur hæc actio ei, qui in poſſeſſione (*t*) turbatur, ſi modo poſſeſſionem nec vi, nec clam, nec precario ab adverſario tempore litis conteſtatæ obtineat. Datur adverſus eum, qui poſſidenti controverſiam (*u*) poſſeſſionis facit, hoc eſt, qui ſe contra poſſeſſorem eſſe contendit, cum aut non poſſideat, aut poſſideat quidem, ſed aut vi, aut clam, aut precario ab adverſario. Atque hinc eſt, quod interdicta hæc uti poſſidetis, & utrubi duplicia dicuntur; nempe quia par utriuſque litigatoris conditio eſt, uterque & actoris, & rei partes quodammodo (*x*) ſuſtinet. Quod ſi duo in poſſeſſione defendantur, ſatiſdatione judicatum ſolvi oblata, poteſt ad petitorium judicium (*y*) perveniri. Cum autem hæc actio ſit in id, quod intereſt, vim poſſidenti factam non eſſe, & pœnæ perſecutionem quodammodo contineat, palam eſt, eam non in rem eſſe, ſed in perſonam ex obligatione, obligationem autem ex maleficio deſcendere.

CAPUT L.

De interdictis, ſeu actionibus poſſeſſoris adverſus vim, ad impediendam ſervitutem quaſi poſſeſſionem adhibitam, proditis.

UT corporalium rerum poſſeſſio, ita & ſervitutum quaſi poſſeſſio uſurpari poteſt. Verum enimvero non de omnibus interdicta ſunt propoſita, ſed de quatuor generibus tantum, ubi (*z*) utilitas major id poſtulare viſa eſt. Genera hæc ſunt: de itinere, actuque privato; de aquæductu; de aquæhauſtu; de cloacis. De his in commune dici poteſt; eaſdem eſſe cauſas agendi, quas ſupra commemoravimus; finem eumdem, ut retineatur quaſi poſſeſſio, adverſus eoſdem competere, qui vim (*a*) faciunt. At quibus dentur, non æque exploratum; proinde de eo in ſingulis quærendum.

Inter-

(*h*) *d.* §. 4. *l.* 1. C. *de interd.* Non poteſt igitur poſſeſſorium cum petitorio cumulari. Vid. Men. *d. rem.* 4. 66. Diff. Cuajc. 25. *obſ.* 34. cujus tamen ſententiam uſus fori noſtri comprobat.

(*i*) *l.* 11. *und. vi. l.* 5. §. 2. *& ſeqq. hoc tit. l.* 8. §. 5. *ſi ſerv. vind.* Vid. eumdem Men. *d. rem.* 3. 4. 62.

(*k*) *d. l.* 4. *in pr.* §. 4. *& ſeqq.* Nudum autem detentorem non æque. Exempl. in *l.* 3. §. *creditores. eod.* Don. ad *l. un. Cod. eodem.*

(*l*) Quamvis verbis edicti non continetur. *l. ult. eodem.*

(*m*) *l.* 1. §. 2. *de ſuperf.* Eadem ratione recipiemus & Vaſallum.

(*n*) *d. l.* 1. *in pr. &* §. *d. l. un. C. eod.* Probationem autem vitioſæ poſſeſſionis, quia delictum non præſumitur non actori ſed reo incumbere; affirmat Men. *d. rem.* 4. 74.

(*o*) §. 4. *in fin. Inſt. de interd.* vulgo obtinuit, actorem probare debere, ſe & tempore turbationis, & litis conteſtatæ poſſediſſe, neceſſariam quoque eſſe allegationem poſſeſſionis hodiernæ, quod qui nullam habet, hoc interdicto agere non poteſt. Fab. in *d.* §. 4. Quando autem poſſeſſio, probatis extremis, ſcilicet principio, & fine, præſumatur continuata, tradit Pancir. in *cap. accidentibus. ext. de priv.*

(*p*) *l.* 3. *in pr. eod.* Notanda hic differentia inter hoc interdictum, & unde vi; nam qui me vi dejecit, eum ex intervallo expellere non poſſum, turbare impune poſſum. Vid. Menoch. *d. rem.* 4. 34.

(*q*) *d. l.* 1. *in pr. &* §. *eſt igitur. d.* §. 4.

(*r*) *l.* 3. §. *ult. eod.* add. Menoch. *d. rem.* 3. 4. 39.

(*ſ*) Quo primum de ea re experiundi poteſtas fuerit. *d. l.* 1. *in pr.* pœnalis enim hæc actio habetur, quia ſæpe fit, ut nihil vero interſit.

(*t*) *d. l.* 1. §. *antep. & pen.* quod ex cauſa interdicti ſatis intellectum eſt.

(*u*) Et hoc ſatis ex ſuperioribus intelligitur.

(*x*) *d. l.* 3. §. *pen. Inſt. de interd.*

(*y*) *d. l.* 3. junct. *l. un. Cod. eod.* Atque duo in ſolidum poſſidere non poſſunt. *l.* 3. §. 5. *de acq. poſſ. l.* 5. §. *ult. commod.* De vera poſſeſſione hoc recte dicitur, & locum habet cum de fructibus, aut dominio ob poſſeſſionem acquirendo agitur. Ceterum cum ſpectamus affectum tenentium, poſſunt duo videri poſſidere; quamvis unus tantum revera poſſideat. Hoc autem interdictum qualemcumque poſſeſſorem tuetur, modo ne vitioſe poſſideat ab adverſario. *l.* 2. *eod.* Vid. Don. ad *d. l. un.*

(*z*) Et incerta poſſeſſio, ut in ſervitutibus ruſticis. *l.* 14. *de ſervit.* Urbanis vero poſſeſſio ſemper certa, de qua adverſarius etiam cogitur confiteri, cum in ſuperficie conſiſtant, & res ſubjiciatur oculis. *l.* 20. *de ſerv. urb. præd.*

(*a*) Quæ omnia licebit animadvertere ex interdictis, quæ ſubjiciuntur.

Interdictum de itinere, actuque privato duplex: unum de possessione, sive usu itineris: alterum de refectione. Prius patrocinatur ei, qui hoc anno nec vi, nec clam, nec precario ab adversario usus sit, dum ne paucioribus diebus, quam (*b*) triginta. Posteriori de refectione cavetur, ne ei, qui itinere hoc anno ita, uti diximus, usus est, vis fiat, quominus id iter (*c*) reficiat. Sed ita demum hoc interdicto quis obtinebit, si hæc tria præter illud amborum commune concurrant; ut servitutem (*d*) constitutam habeat; ut ne quid præter modum præscriptum in reficiendo (*e*) moliatur, ut caveat damni infecti nomine (*f*).

Secundum genus est aquæductus, de quo item duo genera interdictorum proposita; de usu, & refectione. De usu interdicta sunt tria: de aqua quotidiana, de aqua æstiva, quæ superiori illi (*g*) plane sunt similia; tertium de aqua, quæ ex castello ducitur, hoc novum habet, ut non alii competat, quam cui hoc jus (*h*) concessum est. In secundo genere unum est interdictum, ad aquæductus omnes pertinens, ut liceat rivos specus, septa aquæ ducendæ causa (*i*) reficere, purgare ei, qui hoc anno nec vi, nec clam, nec precario ab adversario aquam duxit (*k*).

Tertium genus est aquæhaustus. Etiam de hoc genere duo sunt (*l*) interdicta, superioribus de aquæductu propemodum per omnia similia; unum de usu; ut, qui usus est fonte, puteo, piscina, lacu alieno ad aquam hauriendam, eaque utendum hoc anno nec vi, nec clam, nec precario ab adversario, nec ei vis fiat, quominus deinceps ita (*m*) utatur. Alterum de refectione, ut qui hoc anno ita usus est, ei liceat loca superiora purgare (*n*) reficere. Notandum autem est, hoc interdictum proponi de haustu aquæ vivæ; ad cisternas, & puteos, quæ aquam perpetuam non habent, non pertinere (*o*).

Quartum genus servitutis, de quo judicia sunt possessoria, est servitus cloacæ. Cloaca est locus cavus, per quem colluvies aliqua fluit (*p*). De hoc genere item interdicta duo: unum de cloacis privatis; alterum de publicis. De cloacis privatis longe aliud jus est, quam de superioribus servitutibus. De usu cloacæ, quæ ex ædibus nostris porrigitur in vicinas (*q*) nullum est interdictum, sed solum de (*r*) refectione, quod sine exceptione proponitur omnibus, quorum ex ædibus cloaca in alienas ædes pertinet, sive jus habeant cloacæ in alieno habendæ, sive non habeant, sive usi sint aliqua parte anni, sive non sint usi, aut usi vi, aut clam, aut precario (*s*). De cloaca publica unum interdictum est eo pertinens, ut si quis in eam quid immissum habeat, quo usus ejus deterior fiat, id restituat, eamque purget; si nondum immisit, ut inhibeatur, ne faciat. Si quid contra factum erit, condemnetur in id (*t*), quod interest ejus, qui agit. Hæc autem vis omnis cum maleficium sit, quo scilicet alteri sua possessio ex parte adimitur, certum est, hæc omnia ad eas obligationes quæ ex maleficio sunt, pertinere, ut furtum, rapinam, damnum.

CAPUT LI.

De interdicto Quod vi, aut clam, & de arboribus cædendis.

HActenus de vi, quæ manu fit, & corpore. Transeamus ad ea impedimenta, quæ possidenti objiciuntur operæ facto. De his extat interditum Quod (*u*) vi, aut clam; cujus causa nobis primum, deinde & vis similiter, ut superiorum, consideranda est. Causa quatuor hæc desiderat: opus factum; factum in solo; damnum; faciendi modum. Principio inter-

(*b*) *l.* 1. *de itin. act. priv.* etsi eo tempore, quo agitur, usus non sit. *d. l.* 1. §. 2. add. *l.* 2. *& ult. eod.*

(*c*) *l.* 3. §. *ait*, 11. *& seqq. eod.*

(*d*) Hoc ideo, quia qui vult reficere, aliquid novi facit, quod ei permitti non debet, qui autem patitur, ire, nihil perdit. *d. l.* 3. §. *hoc autem*, 13.

(*e*) *d. l.* 3. §. *fieri*, 14.

(*f*) Hoc verbis ipsis edicti expressum est. *d. l.* 3. §. *ait. l.* 5. §. *ult. eod.*

(*g*) *l.* 1. *in pr.* §. 3. *&* §. *deinde*, item §. *quia*, 31. *l.* 6. *de aq. cott. & æst.* add. Cap. *de serv. rust. c.* 4. Men. *retin. rem.* 6. *n.* 95.

(*h*) *d. l.* 1. §. *ait*, 38. *& seq.* Vide eumdem Menoch. *d. rem.* 6. *n.* 57. *& seq.*

(*i*) Etiam diebus festis. Virgil. 1. *Georg. Rivos deducere nulla Religio vetuit.*

(*k*) Explicatur hoc interdictum in *l.* 1. *de rivis*. Distat ab eo, quod est de refectione itineris, actusque privati, quod hic non de jure, sed usu quæritur; cujus rei ratio redditur in *l. ult. d. tit.* Confer Cujac. 16. *obs.* 7. Men. *retin. rem.* 7.

(*l*) Proposita, & explicata in *l. un. ff. de fonte.*

(*m*) *d. l. un. in pr.* explicatur in §. 1. *& deinceps.*

(*n*) *d. l. un.* §. *deinde*. quod eamdem rationem habet, quam superiora, quæ sunt de refectione. §. 7. *dict. l.*

(*o*) *d. l. un.* §. 4. quippe sunt hæc interdicta velut possessoria de servitutibus, servitus autem consistere non potest in ea aqua, quæ viva non est, & perpetua. *l.* 28. *de serv. urb. præd.*

(*p*) *l.* §. *cloaca*, 4. *ff. cloac.*

(*q*) Merito, cum urbana servitus in superficie consistens constantem habeat, & omnium oculis expositam possessionem. Vid. *l.* 20. *de serv. urban. præd.*

(*r*) *l.* 1. *& tot. tit. ff. de cloac.*

(*s*) Siquidem cloacarum refectio ad salubritatem, & tutelam civitatum pertinere visa est. *d. l.* 1. §. 2. *&* 7. utique tamen damni infecti nomine cavendum est. *d. l.* 1. *in pr.*

(*t*) *d. l.* 1. §. *pen. & ult.*

(*u*) Quod interdictum retinendæ, non recuperandæ possessionis causa comparatum esse tum ex superioribus, tum ex iis, quæ sequuntur, apparet. Diss. Forst. *tract. Inst. par.* 2. *disp.* 4. *th.* 4.

interdictum sic (x) acceptum est, ut pertineat tantum ad opus factum, quod in alieno relinquatur, quoque rei facies, & natura immutetur vel immittendo, vel detrahendo, vel invertendo, aut (y) corrumpendo. Secundum accedere oportet, ut opus, quod fit, fiat in (z) solo; quod eam vim habet, ut si quis eorum quid fecerit in re † mobili, hoc interdicto non teneatur. In solo fieri interpretabimur non solum, quod in solo ipso fit, sed etiam quod in superficie, arboribus, aere solo (a) imminente, nec interest, sit ne locus (b) publicus, an (c) privatus. Tertium est, ut id opus alii noceat; nam si rem meliorem faciat, aut non (d) deteriorem, cessat interdicti sententia. Quartum est, ut fiat vi, aut clam.

Vi fecisse intelligitur, qui quoquo modo a quocumque prohibitus ne faceret, contra, quam prohibitus est, fecit; sive prohibitus sit verbis tantum, sive testibus adhibitis, sive interposita solemni operis novi (e) nunciatione. Aliquando tamen prohibitio non nocet, quasi vi factum sit; quod receptum est tribus in causis: si prohibitio postea (f) remittatur ab eo, qui remittendi jus (g) habet; si paratum se dicat is, qui fecit, judicio (h) contendere, & satisdare; si Prætor litigatoribus se jurisdictioni ejus committentibus, nunciationem missam (i) fecerit, idest, inhibitionem, & nunciationem novi operis remiserit. Is quoque vi fecisse videtur, qui per vim, aut dolo malo (k) consequutus est, ne prohiberetur. Clam fecisse definiemus, qui celavit eum, cujus controversiam metuebat, aut (l) metuere debebat. Ejus controversiam metuere, aut metuere debere intelligimus, quem dominum esse loci, cujusve interesse (m) scimus, ne opus fiat. Celasse intelliguntur hi quatuor: qui non denunciavit, aut ipsi adversario, aut per ejus absentiam procuratori ejus, amicisve; qui non denunciavit quid ubi quando facturus esset; qui non ita tempestive, ut adversarius posset occurrere; qui aliud denunciavit, aliud fecit (n). Ex hac causa nascitur interdictum, quod appellatur Quod vi, aut clam, verbis disjunctim conceptis, quæ indicant alterutrum (o) sufficere. Si tamen id, quod actor prius vi, aut clam fecit, ego ex magna, & (p) necessaria causa sustulero, placuit exceptionem mihi dari. Idem dicendum est, si metuens, ne incendium ad meas ædes perveniret, vicinas (q) ædes interciderim. Ceterum si quis jure suo quid fecisse alleget, nulla idonea exceptio est (r).

Nunc vis, & potestas interdicti cognoscatur, quid contineat, cui adversus quem competat. Continet restitutionem operis, quod vi, aut clam factum est, idest, ut res reponatur in pristinum locum, quo jam eadem incipiat esse conditio actoris, quæ futura esset, si nihil vi, aut clam factum fuisset. Id nisi fiat, tanti lis æstimabitur, quanti actoris (s) interest. Sed actio in id, quod interest, anno circumscribitur, computando ab eo tempore, quo opus (t) perfectum est. Competit ei, cujus

(x) l. 1. §. 4. l. 7. §. 5. ff. h. tit. quod vi, aut clam, haud dubie ex verbo restituas.

(y) Exempla passim hoc tit. obvia. Vid. d. l. 7. §. 2. 3. 5. 6. pen. & ult. & duas ll. seqq. l. 11. in pr. & §. 5. l. 15. §. 1. 2. & 7. l. 9. §. ult. l. ult. §. 1. eod.

(z) d. l. 1. §. 4. d. l. 7. §. 1.

† Puta nave, aut alia qualibet re vel amplissima. l. antep. §. pen. eod.

(a) d. l. 7. §. 5. & ultim. & dua ll. seqq. d. l. ult. §. pen.

(b) Sacer, aut religiosus. d. l. antep. §. ult. d. l. 11. §. 1.

(c) Etsi is facientis sit proprius, dum factum alii, cui servitus debetur, noceat. l. un. §. 3. ff. de remiss.

(d) Veluti si quis agrum tempestive araverit. d. l. 7. §. 7. sylvam cæduam maturam cæciderit. l. 18. eod.

(e) d. l. 1. §. 6. d. l. antep. in pr. sive is, qui prohibuit, dominus est, sive extraneus, qui alieno nomine denunciavit. l. 3. in pr. ubi ratio, & l. 17. eod.

(f) d. l. 3. §. 2. d. l. antep. §. 2.

(g) Quod habet in privato solo dominus, & rei alienæ administrator; in publico solus Princeps, aut cui id jus a Principe concessum est. d. l. 3. §. 3. & seq.

(h) d. l. 3. §. 5. Quod sumptum ex edicto de operis novi nunciatione. l. prætor. 20. in pr. & §. 9. de op. nov. nunc.

(i) d. l. 7. §. 2. Est hæc pars edicti de operis novi nunc. quæ dicitur de remissionibus. l. un. de remiss. vid. inf. c. 58.

(k) Periculum, puta, adversario denunciando, si prohibiturus accederet, aut janua præclusa. l. 1. §. sed si, 7. l. antep. hoc tit. Quod si quis cum vellet prohibere, deterritus pudore, aut reverentia adversarii, prohibitione supersederit, non videbitur adversarius vi fecisse; d. l. 1. §. pen. idem est, si volentem prohibere alius vi detinuerit. d. l. 1. §. ult. & l. seq. Simili modo in interdictum non incidi prohibiti hæres, aut emptor, qui causam præcedentem ignoravit. d. l. antep. §. 3.

(l) l. 3. §. pen. & ult. l. 4. & seq. eod. Non videtur autem celatus, qui non ignoravit. l. 1. in fin. de act. empt.

(m) l. 5. in pr. ff. hoc tit. Sed etsi quis dum putat locum tuum esse, qui est meus, celandi tui, non mei causa fecerit, mihi interdictum competit. d. l. 5. §. 5.

(n) Atque hi omnes ad causam interdicti pertinent. d. l. 5. in pr. §. 1. & 2.

(o) Quid ergo si & vi, & clam? placet interdictum nihilominus disjunctim proponi posse. l. 11. §. 5. eod. ubi exemplum.

(p) l. 7. §. 3. l. ult. §. eod.

(q) Ad quas usque incendium pervenit; si vero eo usque non pervenit, hactenus, qui intercidit, excusatur, ut adversus eum simpli fiat æstimatio. d. l. 8. §. 4. utroque tamen casu cessat actio leg. Aquil. l. 49. ad l. Aquil.

(r) l. 1. §. 2. ff. hoc tit.

(s) Ut sarciatur quidquid damni ex eo opere fuerit. l. 11. §. 2. l. 15. §. 7. eodem. æstimatione ob dolum, aut contumaciam non restituentis jurejurando in litem facienda. d. l. 15. §. 9. alioqui æstimatur id solum, quod vere interest. leg. 2, §. 1. l. 5. §. 3. de in lit. jur.

(t) d. l. 15. §. 3. & seq. unde etiam intelligimus, actionem hanc pœnalem esse. l. 35. de obl. & act. Pœna in eo, quod detur etiam ei, qui jus prohibendi nullum habet, cui proprie ex patrimonio nihil abest, facit l. pen. de op. nov. nunc.

cujus (u) interest opus factum non esse; si plures erunt, quorum interest, omnibus (x) competit. Competit adversus quatuor genera personarum: eum, qui ipse vi, aut clam (y) fecit; cujus jussu factum est; qui ratum habuit; qui habet restituendi (z) facultatem. Atque adversus hos omnes obligatio, & actio ex maleficio oritur, sive præcesserit vis, sive postea in retinendo facto admissa sit.

Si arbor vicini in ædes, aut agrum nostrum impendet, nec uti possidetis interdictum, nec quod vi, aut clam locum habet; sed est genus impediendæ possessionis, & vis quædam mixta ex utroque superiore; unde & interdicta peculiaria hic proposita, quæ dicuntur de (a) arboribus cædendis. Ea duo: unum de arbore, quæ ex alienis ædibus in nostras impendet; hanc jubetur vicinus ab stirpe excidere; eo recusante, interdictum propositum in hoc, ut nobis id facere, & ligna auferre (b) liceat. De ea arbore, quæ radicibus suis fundamentis ædium nostrarum periculum adfert, utile interdictum (c) datur. Alterum est de arbore in agrum nostrum impendente, ut ea ad quindecim pedes coerceatur (d).

CAPUT LII.

De interdictis adipiscendæ possessionis, tum de iis, quæ sunt de rebus commercio exemptis.

HÆc omnia de deminutione veræ possessionis, detentionisque. Est, ubi defendimur, quamvis non possidemus. Tametsi enim proprie nulla alia possessio aut adimi, aut minui potest, quam ea, quæ jam quæsita est; sunt tamen quædam veræ detentioni similia, adversus quæ non minus, quam adversus veram possessionem vis fieri potest, quominus ea teneamus; ac proinde etiam horum tractatio ad propositam disputationem pertinet. Detentioni veræ similia sunt duo: in rebus privatis interdum possessio adipiscenda; in rebus commercio exemptis usus earum nobis concessus.

Adipiscendæ possessionis causa interdicta proposita sunt sex. Primum est Quorum bonorum, quod competit ei, qui bonorum possessionem apud Magistratum agnovit, de iis rebus, quas quis ex iis bonis pro hærede, aut pro possessore (e) possidet. Secundum, Quod legatorum hæredi datum de rebus, quas quis legati nomine, non ex voluntate hæredis (f) occupavit, præstita tamen ante idonea cautione. Tertium est propositum iis, qui a Magistratu in possessionem mittuntur, ne iis vis fiat, quominus in possessionem recte (g) veniant. Quartum est de tabulis exhibendis, competens omnibus, qui sibi suprema voluntate quid relictum dicunt, adversus omnes, penes quos hæ tabulæ (h) sunt. Quintum est de glande (idem est de fructibus omnibus) legenda, propositum domino, ex cujus agro in alienum glans cecidit, ut eam tertio quoque die legere, auferre (i) liceat. Postremum est interdictum Salvianum, quod datur domino de rebus coloni, quas in fundum (k) invectas, & illatas pignori obstrinxit, adversus quoscumque earum rerum (l) possessores. In hisce omnibus, quamvis possessio nondum nobis quæsita est; tamen propter præstationis æquitatem quodammodo pro nostra jam habetur, ut si non præstetur, hoc ipso videatur adimi.

Rerum commercio exemptarum usus quidam possessioni similis noster est, ad quem illæ ipsæ res natura, aut jure comparatæ sunt, sicut libro primo docuimus. Ad hunc usum tuendum prodita quidem est in universum injuriarum (m) actio, si quid manu prohibemur; sed nihilominus & interdicta proposita de loco sacro, de mortuo inferendo, ne quid in loco publico, fluminibus, de via publica, & plura id genus alia, tum ad vim inhibendam, tum ad opus factum restituendum, tum ad reficiendum. De liberis hominibus item interdicta duo:

(u) Etsi non possideat, ut puta, colono, fructuario, *l.* 11. §. *si fundus*, 11. & *seq. l.* 12. *hoc tit.*

(x) Finge in loco conducto factum esse, cujus ususfructus alienus est, domino, usufructuario, colono competet. *d. l.* 11. §. *ult.* & *d. l. seq. eod.*

(y) Sive suo nomine, sive alieno. *l.* 5. §. *hæc verba.* & §. *idem ait. ff. hoc tit.* Cetera sunt in *l.* 13. §. *pen. l.* 15. *in pr. eod.*

(z) Sed dissimiliter a superioribus, illi tenentur ad omne damnum. *d. l.* 11. §. 4. *d. l.* 13. §. *ult.* hic ad hoc tantum, ut patiatur opus tolli sumptibus alienis. *l.* 7. *in pr. d. l.* 13. §. *ult.* Si servus fecerit, dominus actione noxali tenetur. *l.* 14. *eod.*

(a) *Tit. ff. de arb. cæd. l.* 1. *C. de interd.* datur & actio finium regundorum. *l. ult. fin. reg.*

(b) *l.* 1. *d. tit. de arb. cæd.*

(c) *d. l.* 1. *C. de interd.*

(d) Idest, rami arboris circumcidantur. *d. l.* 1. §. *ult. de arb. cæd.* ratio in §. *pen.*

(e) Aut dolo malo fecit, quominus possideat. *tit. ff.* & *C. quor. bonor.* §. 3. *Inst. de interd.* add. Duar. ad *tit. C. eod.*

(f) *Tit. ff.* & *C. quod legat.* add. Don. ad *d. tit. C.*

(g) Proponitur hic interdictum in *l.* 1. & explicatur deinceps *ff. ne vis fiat ei, qui in poss. miss.* hoc interdictum partim retinendæ possessionis est, cum etiam missos prætor tuetur. *d. l.* 1. §. 1.

(h) Aut quorum dolo malo factum est, ut esse desinerent. *l.* 1. & *tot. tit. ff. de tab. exhib. tit. C. eod.* ubi vid. Don. nostrum.

(i) *l. un. ff. de gland. leg.* add. *l. qui venenum*, 236. §. *ult.* & ibi Goth. *de verb. sign.*

(k) *l.* 1. *de interd. Salv. d.* §. 3. *Inst. de interd.* Quod si illatæ non sunt, pignori tamen obligatæ, utile interdictum redditur. *d. l.* 1. *in pr. eod.*

(l) Etiam extraneos. *d. l.* 1. §. 1. sed utiliter. Vid. quæ tradit Don. ad *l.* 1. *C. de prec.*

(m) *l.* 2. §. *si quis in mari*, 9. *ff. ne quid in loc. pub. l.* 13. §. *ult. de injur.*

duo: unum de extraneis, ut si liber homo apud aliquem detinetur, liceat (*n*) cuivis adversus eum experiri; ut eum hominem exhibeat; alterum de liberis nostris, quos in potestate habemus tum exhibendis, tum (*o*) ducendis. Quorum omnium plenior cognitio peti poterit ex iis titulis, quæ de his extant in Pandectis.

Hinc jam licet intelligere, omnia interdicta esse de usurpatione, & diminutione possessionis, aut quasi possessionis, aut rerum possessioni similium; quæ usurpatio, & diminutio, maleficium est; dubitare non oportet, quin obligatio interdictorum ad maleficia tamquam ad causam suam sit † referenda. Duo tantum ex contractu, & negotio gesto originem habent; interdictum de precario, & de (*p*) migrando. In precario negotium geritur simile (*q*) commodato. De migrando proponitur inquilino, qui soluta pensione vult migrare, & id agit, ut res a se in habitationem inductas abducat (*r*).

CAPUT LIII.

Quod metus causa, & de concussionibus.

HActenus species ejus generis, quo res alienas invitis dominis ad nos transferimus. Alterum genus superest de eo, quod geritur dominis volentibus, sed malis artibus circumventis. Voluntas hæc efficit, ut id, quod gestum est, summo jure (*s*) valeat; sed occursum est a Prætore adversus eos, qui per speciem alieni consensus malitiam suam tegere nituntur. Artes istæ tres sunt: metus; concussio; dolus. De eo, quod metus causa gestum est, extat edictum, quod conceptum fuisse videtur in hanc (*t*) fere sententiam: quod metus causa gestum erit, ratum non habebo. Hoc amplius, si quod ex ea causa aberit, arbitrio Judicis non restituetur, de eo, quanti ea res erit, in quadruplum intra annum, quo experiundi potestas erit; post annum in simplum, causa cognita, judicium dabo. Membra hujus edicti duo: causa, & auxilium. Causa hæc, si quid metus causa gestum erit. Duo hic spectanda: gestum; gerendi modus. Trifariam cum alio quid gerimus; si quid alienemus, quod in eum conferatur; si eum debitor noster esset, eum liberemus; si quid ei promittamus, quo (*u*) obligemur. Horum quidquid metu coacti fecimus, ad auxilium hujus edicti pertinet; si modo ei, qui gessit, eo nomine quid (*x*) aberit. Gerendi modus hic, ut metu coactus quis gesserit, in quo quinque consideranda: metus, metus justus, illatus ab alio, illatus injuria, ex eo quid gestum. Metus est futuri, aut instantis periculi causa mentis (*y*) trepidatio. Justus metus est timor majoris mali, qui merito in hominem constantissimum (*z*) cadat. Hunc metum duæ res efficiunt: mors, cui similia sunt, servitus, deportatio, stuprum; & cruciatus corporis, ut verbera, carcer (*a*), vincula. Ut alius metum inferre intelligatur, duabus in rebus est positum; in voluntate periculi inferendi, & (*b*) comminatione, deinde & in facultate; proindeque infamiæ metus hoc edicto non (*c*) continetur. Injuria item metum illatum esse oportet, & malo more; nam qui suo jure utitur, non potest dici (*d*) deliquisse. Postremo gestum quid esse debet ejus metus causa; ideoque si quis gesserit quid, puta promiserit metu compulsus, deinde sine novo metu solvat, non restituetur; nempe quia sponte solvendo, novo consensu obligationem (*e*) confirmasse videtur. Hinc jam in-

(*n*) *l.* 1. *&* deinceps *de lib. hom. exh.* non exhibens litis æstimationem suffert. *l.* 3. §. *pen. d. tit.* At inquis, quæ hic litis æstimatio? interesse potest propter operas; & ministeria exhibendi, neque probatio requiritur, sed juratur in litem. *l.* 1. 2. 5. *in pr. de in lit. jur.*

(*o*) Prius extat in *l.* 1. *in pr. de lib. exhib.* alterum in *l.* 3. *eod. tit.* Hic quoque in litem jurabitur. *d. l.* 2. *&* 5. *de in lit. jur.*

† Atque hinc etiam apparet, interdicta omnia esse actiones in personam; tametsi in rem scripta sint; idest, sine designatione personæ, ad quam dirigantur; sicut actio Quod metus causa. Donat. ad *rubr. C. de interd.*

(*p*) Quod in eo differt ab interdicto Salviano, quod interdicto de migrando principaliter prospicitur inquilino; Salviano contra.

(*q*) Vid. quæ scripsimus *sup. c.* 24. *&* 30.

(*r*) *l.* 1. *de migrand.* Quod interdictum ex contractu esse vel ex eo certum est, quod eo nomine etiam actio ex conducto detur. *l.* 19. §. 2. *locat.* licet delictum quoque versetur. *l.* 49. *de obl. & act.*

(*s*) *l.* 21. §. *pen. & ult. ff. hoc tit. quod met. caus. l.* 5. *C. de inut. stip.* vid. omnino Pac. 2. *q.* 67.

(*t*) *l.* 1. junct. *l.* 9. §. *ult. l.* 14. §. 1. *ff. quod metus causa. l.* 4. *C. eodem.*

(*u*) Hi modi notantur in *d. l.* 9. §. 3. *eod.*

(*x*) Natura enim quod metus causa actionis damnum exigit. *l.* 12. *in fin. & l.* 14. *in pr. eod.* Hinc verus debitor solvere coactus hoc edicto non utitur, sed creditor incidit in pœnam leg. Juliæ, & jus crediti amittit. *dict. l.* 12. *in fin. & l. seq. eod.* Idem est, si cum exceptione perpetua adversus te tutus essem, coegeris te acceptum ferre. *d. l.* 14.

(*y*) *l.* 1. *hoc tit.* Ad eumdem fere modum definitur a Cic. 4. *Tusc.* Arist. 3. *eth.* 6. *&* 2. *Rhet.* 5. Ac metum quidem præsentem esse oportet, periculum vero præsens esse non est necesse.

(*z*) *l.* 7. *in fin. l.* 5. *&* 6. *eod.* vani autem timoris nulla excusatio. *d. l.* 6. *l.* 17. *in pr. de re jud.* Exemp. in *d. l.* 7. *ff. l.* 8. *&* 9. *C. eod.*

(*a*) *l.* 3. *in fin. l.* 4. *l.* 7. *l.* 8. §. *pen. & ult. l. pen. ff. eod.* sive hæc in se quis metuit, sive in liberis suis. *d. l.* 8. §. *ult.*

(*b*) Quapropter si nullæ minæ præcesserint, quantumlibet is, qui gessit, dignitatem adversarii metuerit, ratum manet quod gestum est. *l.* 6. *C. eod.*

(*c*) *l.* 7. *in pr. eod.* Nec enim aliena opera, & conviciis, sed suo quisque facto infamis efficitur.

(*d*) *l.* 3. §. 1. *l. si mulier*, 21. *in pr. ff. eod.*

(*e*) *l.* 2. *&* 4. *C. eod.* quippe cum licuerit non solvere. *l.* 9. §. 3. *ff. eod.* nec obstat *l.* 7. *de cond. ob. turp. caus.* distinguendum enim est inter hanc actionem, & illam conditionem. Cujac. ad *d. l.* 9. §. 3.

intelligitur neque vim sine gesto, neque gestum sine vi ad hoc edictum pertinere (f).

Auxilium hujus edicti (g) duplex: restitutio in integrum; item nova actio hujus edicti propria. Restitutio est amissæ causæ, & rei, seu veteris juris, & actionis (h) redintegratio. Ut autem est causa, ita & restitutio. Igitur ei, qui rem suam metu coactus alienavit, rescissa alienatione, actio in rem; qui debitorem liberavit, rescissa liberatione, actio in personam (i) restituitur; ei autem, qui metu quid promisit (k), exceptio hoc edicto prodita, Quod metus causa. Tantum inter actiones veteres, & restitutas hoc interest, quod illæ directæ, hæ utiles sint, & ex restitutione dentur, cui impetrandæ (l) quadriennium præstitutum est; quibus & hoc accedit, quod si quid vicissim metum passus acceperit, puta re vendita pretium, id restituere (m) cogatur. Nova actio de eo, quod metus causa, una est in personam adversus eos, qui metum intulerunt, ac proinde ex (n) maleficio obligati sunt. Datur hæc actio, ut quod per metum abest vim passo, id (o) restituatur. Restitutio ita est, ut est res amissa. Re tradita jubetur reus eam restituere una cum fructibus, & omni (p) causa, & simul repromittere de dolo, ne forte deterior res facta sit. Obligatione extincta, jubetur eam rursus in se (q) suscipere, aut solvere. Obligatus per metum acceptilatione liberandus est (r). Sed quæcumque hic restitutio est, ea pendet ex arbitrio Judicis; unde hæc actio (s) arbitraria. Si restituere jussus arbitrio paret, absolvitur, si non paret, quadruplatur id omne, quod restitui oportet, quæ condemnatio est hujus actionis (t) propria; sic tamen, ut in hoc quadruplo & (u) simplum insit. Verum hoc intra annum tantum, ex quo experiundi potestas erit; post annum actio in simplum (x) datur, causa cognita, si alia actio non (y) erit. De personis ita jus est, ut detur omnibus, qui metu quid amiserunt. Illud singulare, quod detur non tantum adversus eum, qui metum ab initio intulit, sed adversus omnes, qui rem metu extortam (z) possident, dum non restituentes metum illatum contra bonos mores comprobant. Ceterum is, qui metum intulit, semper tenetur, etsi res casu † perierit; is autem, ad quem quid ex eo metu bona fide pervenit, si prius, quam cognosceret rem metu ablatam esse, ea sine dolo ejus perierit, non (a) item. Ad hæc & publicis judiciis vis coercetur (b).

Concussio est, cum metu potestatis publicæ nostræ, aut alienæ, aut judicii futuri illicite injecto metu aliquid (c) extorquemus; veluti si Magistratus, aut privatus, simulato jussu Magistratus, illicite quid imperat, aut exigit, sub specie forte tributorum; & is, cui imperatur, aliquid det, ut se eo metu (d) liberet. Non omnis igitur metus huc pertinet, sed minor ille, & mollior, cum quid extorquetur solo metu potestatis publicæ; ideoque nec actione quod metus causa, quæ vim (e) atrocem desiderat, vindicatur. Sed tamen, quia fœdum, & minime ferendum in Magistratu, ut is obtentu potestatis a civibus, aut so-

---

(f) *l.* 6. 8. 10. C. *eod.* Vim autem accipere debemus non ereptivam, aut expulsivam, non qua turbatur, aut inquietatur possessio; quæ vis quibus actionibus, & interdictis vindicetur, supra est expositum; sed compulsivam; genera notata ab Accurs. in *l.* 13. *hoc tit.* Itaque qui vi compulsus possessionem tradidit, non interdicto unde vi, sed hac actione experiri debet. *l.* 5. *ff. unde vi.*

(g) Ac alterutrum experiri, qui metum passus est, potest. *l.* 21. §. *ult. hoc tit.*

(h) *l.* 2. C. *in qu. ca. in int. rest.* Cui consequens restitutam actionem non quadruplum persequi, sed id tantum, quod olim debebatur. Duar. *hic c.* 1.

(i) *d. l.* 9. §. 4. *l.* 3. C. *eod.*

(k) *d. l.* 9. §. 3. *tot. tit. ff. de dol. & met. exc.*

(l) *l.* 21. §. *ult. ff. hoc tit. junct. l. ult. C. de temp. in int. rest.*

(m) *l.* 3. & 4. C. *hoc tit.* quamvis rescissa alienatione, rem suam vindicet.

(n) Quod facinus appellatur in *l.* 15. §. *quid si homo,* 11. *eod.*

(o) *d. l.* 9. §. *ult. l.* 12. §. *ult. d. l.* 14. *in pr. &* §. 1. *eod.*

(p) *d. l.* 9. §. *ex hoc edicto. dict. l.* 12. & *d. l.* 14. §. 1.

(q) Simul fidejussores, & pignora in eandem causam restituere. *d. l.* 9. §. *ex hoc d. l.* 10. *eod.* idemque est, si fidejussor sit liberatus, *d. l.* 9. §. *ult.*

(r) *d. l.* 9. §. 3. & *d.* §. *ex hoc edicto*, juxta formam præscriptam in §. 1. & 2. *Inst. quib. mod. toll. obl.*

(s) *d. l.* 14. §. 4. §. *præterea*, 31. *Inst. de act.*

(t) *d. l.* 14. §. 1. & 4. & §. *quadruplatur*, 7. *eod.* §. *item actio*, 27. *d. tit.* Quod si res perit intra tempora judicati sine culpa ejus, qui vim intulit, & condemnatus est, tripli pœna sufficit. *d. l.* 14. §. *quid si homo*, 11. add. Duar. *c.* 4. *hoc tit.* Lyclam. 7. *membr. ecl.* 1.

(u) *d. l.* 14. §. *quatenus*, 10. *d.* §. *item actio*. *Instit. de act.*

(x) Quanti res est jurejurando actoris æstimata. *leg. arbitrio*, 18. *de dol.*

(y) *d. l.* 14. §. 1. & 2. *l.* 4. C. *eod.* & tunc perpetua est.

(z) *l.* 9. §. *ult. d. l.* 14. §. 3. exemp. in *d.* §. 3. & *l.* 3. C. *eod. l.* 10. *ff. eod.* Est enim hæc actio scripta in rem, idest, indefinite de eo, quod metu gestum est, concepta sine designatione personæ, ad quam dirigatur. *d.* §. *ult. l.* 9. Errant autem, qui actiones in rem scriptas existimant non esse personales.

† *l.* 1. C. *eod.* Nempe ideo, quia perpetuo moram facere intelligitur. *l. ult. de cond. furt.* Mora autem perpetuat obligationem. *l.* 91. §. 3. *de verb. obl.*

(a) *d. l.* 14 §. *aliquando*, 5. nec quidquam huic obstat, quominus rem per longi temporis possessionem acquirat. *l.* 3. C. *eod.*

(b) *Legibus Juliis de vi. pub. & priv. l.* 12. *in fin. ff. eod.*

(c) *l.* 1. *de concuss.* Vid. Damhoud. *prax. crim.* 9. 129.

(d) *l. illicitas*, 6. §. *illicite. &* §. *ne tenuis. de off. Præs.* Aliud Exemp. in *l.* 3. *de cond. ob turp. cau.* Exempla in privato jussum Magistratus simulante, aut metum publicæ potestatis inferente in *d. l.* 1. & 2. *de concuss.*

(e) Atque ubique a concussione distinguitur. *l. un.* C. *ex del. def. l. ult.* §. *ult.* C. *de mod. mul.*

sociis illicite quid exprimat, ideo & concussio constitutionibus vindicata est. Actio hic aut civilis, aut criminalis; civilis in factum est, ut quæ per concussionem amissa sunt (f), restituantur; criminalis duplex; nam & extra ordinem concussio omnis coercetur; & interdum incidit in leges publicorum judiciorum. Publica judicia hæc duo: lex Julia (g) repetundarum in Magistratu; in privatis lex Cornelia de falsis (h).

CAPUT LIV.

De dolo malo, ubi & de his, quæ in fraudem creditorum, aut patroni alienata sunt.

Etiam quæ dolo malo facta sunt, legibus (i) vindicantur; tametsi is, qui deceptus est, maxime voluerit id facere, quod fecit, sed prius dolo inductus. In eam rem duo sunt actionum genera: unum adversus eum, qui decepit; alterum adversus omnes, qui quid ex alieno dolo acceperunt. Prioris generis est actio famosa de dolo, constituta ea parte edicti, quæ est de dolo (k) malo. Edictum in hæc verba, aut his similia conceptum fuit: Quæ dolo (l) malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit, & justa causa esse videbitur, de iis ei, cujus intererit id factum non esse, qui modo certo comprehenderit, quid dolo malo factum esse, adversus eum, qui dolo fecerit intra annum, quo experiundi potestas erit, judicium dabo, ut nisi ea res, de qua agitur, arbitrio Judicis restituatur, condemnatio sequatur. Partes hujus edicti item duæ: causa, & auxilium, seu actio. Causa quatuor conditionibus continetur: si quid factum erit; si dolo malo; si de eo alia actio non erit; si justa causa esse videbitur. Principio factum quid esse generaliter prætor exigit, non gestum, ut in edicto Quod metus causa. Hoc ideo, quia etiam sine gestu ignoranti, & invito aliquid excuti, & auferri dolo malo (m) potest. Secundo, dolo malo factum esse (n) oportet. Dolus malus est, cum aliud agitur, aliud (o) simulatur alterius decipiendi, circumveniendi (p) causa. Dolo aut excutitur quid ignoranti, aut exprimitur volenti. Ignoranti tum, cum ex aliquo facto præcedenti invitus quis per consequentiam damnum (q) sentit. Volenti quid exprimitur aut fallaciis, aut machinatione. Fallacia est in verbis (r) mendacibus; machinatio in factis, qualis fuit Pythii illa in Cannium equitem Roman. cujus (s) meminit M. Tull. 3. Offic. Tertia conditio est, si de his rebus alia (t) actio non erit, quibus verbis tria continentur, quæ excludunt actionem de dolo; si sit aliud aliquod remedium decepto rei servandæ causa, ut esse possunt hæc quatuor: alia (u) actio (x); interdictum; in integrum (y) restitutio; exceptio (z); si sit aliud, vel adversus alium, quam qui decepit, si modo is alius solvendo † sit; si quod remedium aliquando fuit, deceptus suo facto, & negligentia amisit, nisi & in amittendo eo dolum (a) passus est. Quarta conditio adjecta est, si justa causa esse videbitur. Justa causa, ob quam hanc actionem dari non placet, duplex: una ex re petita, ut ne detur ob modicam summam; idest (b), duos aureos; altera ex personis, ut ne detur liberis adversus parentes, libertis adversus patronos, humili adversus dignitate præcellentem, neque vili adversus hominem vitæ emendatioris; verum in horum personis in factum ver-

(f) d. l. 1. ff. de concuss.

(g) l. 1. l. 3. l. 6. ff. ad leg. Jul. repetund.

(h) l. 2. de concuss. junct. l. 1. ff. ad l. Corn. de fals.

(i) Nam non minus fraus, quamvis injustitiæ species est, & pariter reprehendenda, Cic. 1. offic.

(k) Tit. ff. & C. de dolo malo.

(l) Quod Prætor distinctionis causa adjecit, & per diastolen; nam & dolus quidam bonus est, qui solertia, & industria appellatur. l. 1. §. 3. ff. eod. quo fraus, & malæ artes repelluntur. Ovid. 2. de Art. Fraus est concessa repellere fraudem. Vid. plura apud Don. enucl. lib. 15. c. 40. lit. C.

(m) Ex. in l. arbitrio, 18. §. ult. & l. si quis, 35. eod.

(n) l. 1. eod. quod ei probandum, qui dicit. l. 18. §. 1. de prob. perspicuis indiciis. l. 6. C. hoc tit.

(o) Hujus definitionis auctorem G. Aquilium laudat Cic. 3. Offic. eaque a Servio probatur l. 1. §. 2. eod. & Pedio l. 7. §. dolo, 9. de pact. reprehenditur tamen a Labeone, sed injuria; nam quod is ait, posse etiam sine simulatione id agi, ut quis circumveniatur, verum non esse distributio subjecta liquido demonstrat

(p) Illud hic tenendum, doli appellationem & generalem esse, significareque omnem improbitatem, & malitiam, ac propositum delinquendi, quo significatu etiam vis dolus est. l. 2. §. 8. vi bon. rap. & specialem, nempe qua injuriæ illa species intelligitur, quæ fit occulte, & per simulationem, distinguiturque a vi, quæ aperta est, nec semper cum ea concurrit, quo pertinet illud Ciceronis; *fraudem vulpeculæ, vim leonis esse*.

(q) Exempl. in l. 7. §. 5. l. 18. §. [illegible] & ult. l. cum quis, 31. l. si quis, 35. hoc tit.

(r) Exempla suppeditant d. l. 7. §. ult. l. 9. in pr. l. 23. §. 1. l. 20. §. ult. l. cum a te. 25. eod.

(s) Plura ejus generis exempla vid. in l. 9. §. 2. & 3. l. 18. §. 3. l. rei, 33. & l. seqq. l. quidam, 38. & l. pen. eod.

(t) l. 1. §. ait, 4. eod. Aliudve auxilium, quo res salva esse possit actori. Duar. hoc tit. c. 1. Quæ contra afferuntur, refutata sunt a Baron. ad l. 14. §. antep. quod met. caus. & Don. c. 40. lib. 14.

(u) Sive ex contractu, aut quasi, vel ex delicto, ut si vi bon. rapt. aut popularis. l. 7. §. 2. & 4. l. 18. §. 3. eod.

(x) Ut Quod vi, aut clam &c.

(y) l. 1. §. 6. l. antep. hoc tit. l. pen. §. 1. de in int. rest.

(z) d. l. pen. §. ult. l. 7. in pr. hoc tit.

† l. 3. 4. eod. Exemp. in l. 5. l. 7. §. pen. eod.

(a) d. l. 1. §. 6. & pen. l. 4. C. de transact.

(b) d. l. 9. §. ult. & l. seq. Neque tamen minus modicum sarciendum, sed dabitur actio in factum, detracta doli mentione.

verbis temperetur, ut bonæ fidei mentio fiat (c).

Hactenus causa, ex qua actio de dolo, quam quærimus. Actio in personam adversus eum, qui nobis obligatus est ex delicto, eoque non levi, dolo videlicet. Quærendum porro de effectu, quid persequatur; tum de personis, inter quas constituta, postremo & de tempore ei præfinito. Petitio hæc, ut quod dolo amissum est (d), restituatur cum omni causa (e), alioqui id omne, quod actoris interest, ipsius jure jurando æstimandum in condemnationem venit. Datur hæc actio ei, cujus interest, dolum admissum non esse, adversus (f) eum, cujus dolo malo aliquid factum est. Tenentur tamen & hæredes, quatenus ad eos pervenit; item domini, qui ex dolo administratorum aliquid consequuti (g) sunt. Finitur biennio (h) continuo, ex quo dolus admissus est, usque adeo, ut nec ejus temporis metas lis jam contestata excedat; quod singulari jure contra communes (i) regulas ob gravitatem judicii introductum est. Post biennium dabitur (k) nihilominus, sed in id tantum, quod ad reos pervenisse probabitur; ita enim jus olim fuit post annum utilem, intra quem hæc actio erat constituta.

Posterioris generis actiones sunt duæ: Pauliana, & Faviana, seu Calvisiana. Pauliana datur creditoribus ad revocanda ea, quæ in fraudem eorum (l) alienata sunt; nec interest, bona a creditoribus possessa sint, an non (m) sint, dum is, qui accepit, fraudis fuerit particeps. Sed etsi fraudis (n) particeps non fuerit, nihilominus hac actione in factum tenebitur, ut (o) lucrum ei extorqueatur. Datur hæc actio intra annum, quo primum de ea re experiundi (p) potestas erit, ut res in fraudem alienam restituatur, cum sua scilicet (q) causa; post annum de eo, quod ad eum (r) pervenit, adversus quem actio movetur. Faviana & Calvisiana est de iis, quæ alienata sunt a liberto in fraudem (s) patroni; daturque patrono etiam in eum, qui fraudis conscius non fuit, & in perpetuum (t) competit. Cætera fere cum actione Pauliana sunt communia. Ambæ actiones in (u) personam ex eadem causa, nimirum ex obligatione. Obligatio ex maleficio ejus, cum quo agitur: nam & qui ab initio dolo caret, non potest salva honestate rem, quam postea cognovit in fraudem creditorum, aut patroni alienatam esse, aut lucri sui causa, aut adversus patronum fraudatum, retinere.

CAPUT LV.

De obligationibus, quæ quasi ex maleficio nascuntur.

Ventum est tandem ad quartam, & ultimam obligationum causam, quasi maleficium. Quasi maleficium est omne factum, quo non recte quis deliquisse dici potest, sed tamen maleficio est proximum. Horum factorum duo genera: unum, cum quis ex propria sua persona convenitur, quod dupliciter accidit; uno modo, cum quis facto suo jam nocuit; quod accidit, cum Judex per imprudentiam male judicando litem suam (x) facit, de quo explicatum est cap. 46. Altero modo, cum nondum factum nocuit, sed ita comparatum est, ut, nisi mature obviam eatur, nocere publice possit; cujusmodi est, si quis in eo loco positum quid habeat, qua vulgo iter fieri solet, cujus casus prætereuntibus, aut in eo loco consistentibus nocere possit. Hinc actio popularis in decem aureos adversus eum, qui ita positum (y) habet. Sin autem ceciderit, est actio adversus eum, qui posuit, de damno. Alterum facti genus est, cum quis tenetur ex persona alterius. Hujus generis species item duæ: una est, si quid dejectum, effusumve sit, ita ut alicui noceret; quo

(c) *l.* 11. *eod.* quod & ad Vasallos trahunt.

(d) Arbitrio, & jussu Judicis; est enim & hæc actio arbitraria. *l.* 18. *eod.*

(e) Si non paret. *d. l.* 18. *in pr. &* §. 1. sicut fit in omnibus actionibus, in quibus quid restituitur arbitrio Judicis. *l.* 2. §. 1. *l.* 5. *de in lit. jur.*

(f) *l.* 15 §. *ult. & du. ll. seqq. eod.* Non contra tertium, ut actio Quod met. ca.

(g) *l. in hæredes*, 26. *d. l.* 15. *in pr &* §. 1. *eod.*

(h) Olim anno utili. l. *ult.* C. *hoc tit.*

(i) Quibus traditur, actiones temporales litis contestatione perpetuari. *l. ult. de fidejuss. tut.*

(k) *l.* 28. *in fin. hoc tit.* sed in factum. VVes. *par. hoc tit. n.* 8. Duar. *eod. c.* 1.

(l) *Tit. ff. de his, quæ in fraud. cred.* §. 6. *Instit. de act. l.* 38. §. 4. *de usur.*

(m) Ut intelligere est ex *l.* 15. & 17. §. 1. *d. tit. quæ in fraud. cred.*

(n) *l.* 6. §. *hoc edictum*, 7. *l.* 9. *d. tit.*

(o) *d. l.* 6. §. *simili*, 11. *l.* 5. C. *de revoc. his, quæ in fraud. cred.*

(p) *l.* 1. *d. l.* 6. *in fin. l. ait*, 10. *ff. eod.* qui annus computatur ex die venditionis bonorum. *d. l.* 10. §. *annus*, 18.

(q) *d. l.* 10. §. *per hanc actionem. & seqq.* Fructus tamen percepti post alienationem ante judicium inchoatum in restitutionem non veniunt, quia in bonis non fuerunt. *l. ult.* §. 4. *eod.*

(r) *d. l.* 10. §. *pen.* Quo sensu etiam accipi debet, quod adjicitur in extremo *d. l.* hanc actionem etiam in hæredem dari. *arg. l. seq. eod.*

(s) *l.* 1. *de tot. tit. ff. si quid in fraud. patr.*

(t) *d. l.* 1. §. *dolum. l.* 3. §. 1. *eod. tit.*

(u) De Faviana hoc diserte scriptum est in *d. l.* 1. §. *hæc actio*, 26. *d. tit.* In Instit. tamen §. 6. *act.* Paullana exponitur inter prætorias in rem, & subjicitur de rescissoria; sed hoc fit propter similitudinem, quam cum illa habet. Mynf. ad *d.* §. 6. *n.* 12.

(x) *l.* 5. §. *si judex. de obl. & act. Inst. de obl. quæ ex quas. del. nasc. pr.*

(y) *l.* 5. *& l. prætor.* 6. *& ult. de his, qui dej. vel eff.* §. 1. *Inst. hoc tit. vers. cui similis.*

quo nomine constituta est actio (z) in duplum, quantum damni datum est, adversus eum, qui in eo cœnaculo † habitat, unde is casus prodiit. Ob hominem vero liberum occisum quadraginta (a) aureorum pœna constituta est; si vivet, nocitumque ei esse dicetur, quantum æquum Judici videbitur actio datur. Judex autem viventis adhuc operas, & impensas in curando factas (b) æstimabit. Altera species est de damno, & furto, quod in navi, caupona, stabulo factum est. Ex hac causa duæ sunt actiones; una ex (c) contractu, de restitutione eorum, quæ nautæ, caupones, stabularii salva fore receperunt; ex qua eadem causa, & (d) civili actione ex locato, aut conducto, aut depositi agi potest. Altera ex (e) quasi maleficio, si damnum datum, aut furtum factum sit ab iis, quorum opera nautæ, caupones, stabularii (f) utuntur. Hæc actio in factum in duplum est, & quamvis honoraria sit, perpetua tamen est; in hæredem tamen datur (g).

CAPUT LVI.

Qui ex alterius persona actionem habeant.

EXposita sunt quatuor ista factorum, sive causarum genera, ex quibus jure civili nascitur obligatio. Extra has causas debitor quærendus non est, qui quidem ex persona sua obstringatur. At ex aliena persona potest quis etiam extra eas causas actionem habere; potest & quis ex alterius persona, & facto perinde debitor fieri, ac si ex iisdem causis obligatus esset. De quibus jam deinceps videndum; ac primum de his, qui actionem habeant ex persona creditoris, cum ipsis nihil ex prædictis causis a vero debitore debeatur.

Accidit id dupliciter: aut cum actio alio contrahente, aut quid gerente acquiritur, aut cum aliis quæsita, post deinde ad eum transfertur. Ut alio gerente actio nobis recta acquiratur, tria faciunt. Primum est potestas nostra; hinc per filiumfamil. patri, per servum domino, fructuario, bonæ fidei possessori non dominium solum, sed & obligatio, & in personam actio (h) acquiritur. Secundum persona hæredis, quæ cum sit eadem cum defuncto, facit, ut quidquid defunctus hæredi stipulatur, aut cavet, ejus actio, aut exceptio acquiratur (i) hæredi. Tertium est interdum rerum nostrarum administratio; hinc ex conventione tutoris, curatoris, syndici, procuratoris, in litis utilis actio pupillo, adolescenti, civitati, militi acquiritur †.

Alteri quæsita ex suprascriptis causis actio tribus modis ad nos transfertur, hæreditate, cessione, lege. Hæreditate suscepta, actiones omnes defuncti, paucis exceptis, ad nos transeunt; verum hunc locum reprehendemus cap. 63. Cessione actio in nos transfertur, cum creditor eam in nos translatam esse vult, & propriam nostram (k) fieri. De eo tria quæsitu digna: an semper, & omnes actiones cedi possint; quo modo cedantur; cessæ quid transferant; quis earum effectus. De primo hoc certo statuatur, non minus actiones omnes cedi, & utiliter in alios (l) transferri posse, etiam (m) invito debitore, quam res ceteras, quæ in bonis nostris habentur; nec quidquam naturali æquitati est convenientius. Ceterum Anastasius unam causam (n) excepit, emptionis videlicet non necessariæ, ex qua ad eam solum quantitatem cessionem valere voluit, quam pretii soluti & usurarum (o) quantitas efficit. Ceditur actio duobus modis: aut quavis alia voluntate creditoris, aut (p) mandato. Uti-

(z) *l. 1. in pr. de his, qui dej. d. §. 1. Inst. d. tit.* Quam pœnam induxit publica utilitas, cum publice intersit sine metu, & periculo per itinera commeari: *d. l. 1. §. 1.*

† Non in dominum, quia penes habitantem culpa est. *d. l. 1. §. 4.* huic autem consuletur actioni in factum adversus dejectorem. *l. 5. §. 4. eod.*

(a) Hoc ideo, quia in homine libero nulla corporis æstimatio fieri potest. *d. l. 1. §. 5.* atque in hanc etiam summam actio est popularis. *d. l. 5. §. 5.*

(b) Hæc in *l. ult. ff. d. tit.*

(c) De qua *l. 1. & tot. tit. naut. caupon. stab.* usque ad *l. pen. §. ult.*

(d) Neque tamen idcirco otiosa est actio honoraria; nam hæc etiam tunc locum habet, cum res periit sine culpa ejus, qui recepit, modo ne facto. *l. 3. §. 1. d. tit.* Cur autem hic actio gravior, quam in ceteros constituta sit, rationem reddit Ulp. in *l. 1. §. 1. eod.*

(e) Culpa enim nonnulla est malorum hominum ministerio uti. *l. ult. in pr. & §. 4. ff. d. tit. §. ult. Instit. hoc tit.*

(f) *d. §. ult. l. pen. & d. l. ult. eod.* Quod si furtum factum sit a viatoribus, aut vectoribus, quorum opera caupones, nautæ non utuntur, actio hæc, quæ pœnalis est, ex quasi delicto locum non habebit, sed superior illa ex contractu dumtaxat. *l. 1. §. ult. l. 2. & 3. in pr. d. tit.*

(g) *d. ult. §. 1. & ult. d. §. ult. Inst. hic.*

(h) *Inst. per quas pers. obl. nob. acq.*

(i) Quamvis defuncto nunquam ante quæsita. *l. un. C. ut act. ab her.*

† De his, sicut & de superioribus, dictum est *sup. c. 8.*

(k) Quibus modis ad nos transferri potest.

(l) *l. 3. l. 7. 8. & ult. C. de hæred. vel act. vend.*

(m) *d. l. 3. l. 1. de nov.* Neque hic ulla fit injuria debitori; nam si nihil debuit cedenti, nec ei quidquam debebit, cui actio cessa est, si debuit, qua fronte recusabit solutionem, quam quodammodo primus creditor per eum, cui cessit, actionem suam exigit?

(n) *l. pen. C. mand.* Quod emptio nominis plerumque litis redemptio, magisque calumniæ, & vexationis emptio est, quam juris. Vid. Cujac. 8. *obs. 31. & 16. obs. 16.*

(o) Ut id, quod plus est in debito, lucro cedat debitoris. *l. ult. C. d. tit.* Quod etsi in Gallia locum non habet, ubi is, cui vendita est actio, integrum semper debitum petere potest, teste Imbert. *in Enchirid.* Gothof. ad *d. l. ult.* Apud nos tamen nihil est usitatius.

(p) Quod igitur ait Hotom. 6. *observ. 16.* promiscue has voces usurpari, cedere, mandare, præstare, exhibere, transferre actionem, cum aliqua distinctione recipiemus, ut dicamus, inter mandare, & cetera tantum interesse, quantum inter speciem, & genus.

Uti quisque creditor, qui actionem suo nomine habet, dixerit, se eam alii præstare, idque ex justa causa fecerit, ita cessa, & translata actio jure intelligitur. Duo nimirum hic exigimus: voluntatem dantis, & accipientis, item justam causam, id est, eam, quæ etiam ad dominium transferendum (*q*) idonea est. Traditione vero nulla hic (*r*) opus. Ceterum hoc modo (*s*) utiles dumtaxat actiones transeunt. Si quis autem directas habere malit, curare debet, ut sibi actiones mandentur †. Mandare actionem est actionem suam alicui exercendam (*t*) committere, suo quidem nomine, sed ex persona mandantis, vel brevius sic. Mandare alicui actionem est eum procuratorem in rem suam (*u*) facere. Mandatis autem actionibus, & directæ suo modo (*x*) transeunt, & simul utiles. Directæ quidem (*y*) effectu, quatenus quis procurator in rem suam constituitur; nam ut propriæ ejus fiant, cui mandatæ sunt, ratio (*z*) juris non patitur. Utilibus autem suo nomine, & ex sua persona uti potest †.

Jam de vi, & potestate cessionis cognoscamus, quid transferat, quantum accipienti tribuat, quid apud veterem creditorem relinquat. Actiones cessæ ita propriæ accipientis fiunt, ut nec voluntate cedentis revocari possint, nec morte ejus finiantur. De utilibus nulla dubitatio est. Idem tamen & directis, quæ ex persona mandantis exercentur (*a*) dicendum, præterquam, si is sine hærede fati munus impleverit, quo casu placet, sublatis directis (*b*), utiles tantum competere. Tribuit cessio idem jus accipienti, quod apud creditorem fuit. Id duplex: debitæ pecuniæ exactio: liberandi debitoris (*c*) potestas. Is, qui mandatis actionibus utitur, hoc amplius etiam (*d*) privilegiis mandantis uti potest, modo (*e*) voluntaria sit cessio. Nihil ne igitur apud veterem creditorem relinquitur, præter nudum nomen (*f*) directarum actionum? Sane quamdiu res adhuc integra est, potest is a debitore suo debitam quantitatem exigere, cessamque actionem inhibere; sin autem res integra esse desierit, totum hoc jus in eum, cui actiones cessæ sunt, translatum intelligitur, & verus creditor, si nihilominus experiatur, quod summo jure ei licet, exceptione doli mali (*g*) summovendus est. Res integra esse desinit tribus (*h*) casibus, si accipientis litem jam sit contestatus; si aliquid a debitore jam acceperit; postremo sola scientia debitoris, sive is, cui actio cessa est, hoc ei (*i*) denunciaverit, sive cessionem aliunde debitor cognoverit (*k*).

Lege actiones transferuntur, sed utiles dumtaxat, cum sine ulla cessione ipso jure in alium transeunt. Id receptum in tribus causis. Primum transfertur isto modo utilis actio tutelæ a pupillo in tutorem adversus reliquos tutores, cum unus ex pluribus tutoribus conventus (*l*) solvit, nec curavit, ut actiones sibi a pupillo mandarentur. Secundo ex administratione procuratoris in dominum transfertur actio non passim, sed trium harum causarum ex aliqua: si procurator ex re domini obligationem acquisivit; si præsente domino contraxit, si aliter res domino salva esse non (*m*) potest. Tertio a domino rem alii commodante, aut donante, & cavente, ut ea alteri restituatur, transfertur ipso jure utilis actio in eum, cui eam restitui (*n*) cavit. Attigi & hunc locum supr. cap. 8.

CA-

(*q*) Puta si nomen vendiderit, si in dotem, in solutum dederit. *l.* 2. *C. de obl. & act. l.* 6. *C. eod. tit. si donaverit*, legaverit, pignori dederit. *l. pen. C. mand. l.* 18. *C. de leg. l.* 4. *C. quæ res pign. l.* 7. *C. de hered vend.*

(*r*) *Arg. actionis venditæ. l.* 3. 7. 8. *& ult. C. d. tit.* Sed nec usum accipientis, & cedentis patientiam, quæ in ceteris rebus incorporalibus pro traditione sunt. *l. ult. de servit.* intervenire necesse est, cum nullæ hic partes sint debitoris, cum quo usus actionis instituitur.

(*s*) *Arg. dd. ll. & l. traditionibus*, 20. *Cod. de pact.*

(*t*) *l. ult. C. si fisc. vel priv. l.* 9. *Cod. de proc.*

(*u*) Quod idem esse cum superiore facile intelligetur ex *l.* 5. junct. *l.* 8. *C. de her. vendit.*

(*x*) *d. l.* 18. *C. de leg. d. l. ult. C. si fisc.*

(*y*) Quamvis enim exerceantur ex persona alterius, atque ita oblique transeant, omne tamen commodum, & incommodum earum ad eum, cui mandatæ sunt, pertinet.

(*z*) Quod ex certis causis, unamquamque actionem unicuique constituit.

† *l. procuratore*, 55. *ff. de procur. l.* 1. *C. de obl. & act. d. l. ult. C. de her. vend. l. ult. C. si fisc.*

(*a*) *d. l. procuratore. d. l.* 1. *C. de obl. & act.*

(*b*) Utpote sublata persona, cujus nomine directæ exercebantur. *d. l.* 1. *C. de obl. & act.*

(*c*) Etiam pacto, quo casu si vetus creditor agat, placet debitorem exceptione doli tutum fore. *l.* 16. *de pact.*

(*d*) *l.* 5. *C. de her. vend.* Exempla a quovis facile fingi possunt.

(*e*) Distinctio sumpta ex responso Papin. *l. ex pluribus*, 42. *de admin. tut.* junct. *l.* 1. *§. nunc. tractemus. de tut. & rat. dist.*

(*f*) Has enim post cessionem retinet. *l.* 3. *C. de novat. l.* 3. *C. mand.*

(*g*) Hanc distinctionem suggerit *d. l.* 3. *C. mand.*

(*h*) Comprehensis in *d. l.* 3. *C. de novat.*

(*i*) Et probaverit non credenti. Bart. in *l.* 4. *C. quæ res pign.*

(*k*) Neque enim certiorari debuit, qui non ignoravit. *l.* 1. *in fin. de act. empt.* Bart. ad *l.* 15. *de pact.* per *l. ult. de transf.* verbis propter ignorantiam. Consentit Don. noster 15. *com.* 43. Fachin. 5. *cont.* 94. Diss. acriter Ant. Fab. 12. *conj.* 3.

(*l*) *d. l.* 1. *§. etsi forte*, 13. *de tut. & rat. dist.* In quo non tutorum, sed pupillorum rationem habitam esse argumento est, quod aliud servatur inter plures fidejussores, cum unus solidum simpliciter solvit. *l.* 11. *C. de fidei.*

(*m*) Vid. *l. quod procurator*, 68. *de procur. l. si procurator*, 79. *de verb. obl. l. damn.*, 18. *§. ult. de damn. inf. l.* 5. *de præt. stip.*

(*n*) In quam sententiam scripti sunt præcipue duo loci. *l. pen. C. ad exhib. l.* 3. *C. de don. quæ sub mod.*

CAPUT LVII.

Qui ex facto alieno, aut alterius persona teneantur.

TAntum de creditore, qui ex alterius persona obligationem habet. De debitore nunc dispiciamus, qui ex facto, & persona aliena tenetur. Obligamur aliunde, quam ex superioribus causis dupliciter: aut a rebus nostris; aut ex facto, & persona aliena. A rebus nostris, si damnum ab his datum est. Res nostræ aut animatæ sunt, aut inanimatæ. Animata sunt animalia omnia. Horum quædam natura sua nocere non solent; aliorum genitalis est, & naturalis feritas. Si (o) animal non ferum contra naturam generis sui motum pauperiem fecit, puta si equus calcitrosus calce percusserit, aut bos cornu petere solitus cornu petierit, prodita est lege (p) duodecim Tabularum ei, qui ex ea re damnum sensit, adversus dominum animalis actio noxalis de pauperie, seu damno dato, ut aut noxæ æstimationem solvat, aut id animal, quod nocuit, noxæ (q) dedat. Actio legis Aquiliæ de pauperie non datur; quia (r) pauperies est damnum sine injuria facientis datum. In bestiis autem propter naturalem feritatem actio de pauperie locum non habet; & ideo si ursus fugit, & sic nocuit, non potest quondam dominus conveniri; quia desinit dominus esse, ubi fera (s) evasit. Ceterum sciendum est, ædilitio (t) edicto prohiberi nos canem, verrem, aprum, ursum, leonem ibi habere, qua vulgo iter fit; & si adversus ea factum erit, & homo liber ex ea re perierit, in solidos ducentos; si nocitum homini libero esse dicetur, quantum bonum, & æquum Judici videbitur, tanti dominus (u) condemnatur; ceterarum vero rerum, quantum damnum datum est (x), dupli. Præter has autem ædilitias actiones & de pauperie (y) utilis locum habebit. Nunquam enim actiones, præsertim pœnales, de eadem re, concurrentes alia aliam consumit (z).

A rebus inanimatis, aut ab ædibus, aut aliis operibus nostris damnum aut præsens est, aut futurum. Si præsens, puta si ædes nostræ in alienum deciderint, placet nos eadem propemodum lege teneri, qua tenemur de pauperie; nempe ut aut rudera tollamus, damnumque datum sarciamus, aut ædibus totis cedere cogamur. Quod si ultro cum vicino agemus, ut liceat nobis tollere quæ ceciderunt; non aliter id nobis permittitur, quam si parati simus omnia auferre, nec solum de futuro, sed etiam de præterito damno † cavere. Interim huc semper res redit, ut si parati simus post casum opere cedere, rei noxæ deditione liberemur. Futuro damno cautionibus occurrendum. Occurrendi ratio duplex: una, ut opus, quod nondum factum est, inhibeatur, ne fiat; altera, ut si opus jam factum est, aut prohibere jure non possumus, de futuro damno tempestive nobis caveamus. Ad inhibendum futurum opus remedium constitutum est novi operis renunciatio. Opere facto, si inde damnum metuimus, remedium duplex: unum commune, damni infecti stipulatio; alterum speciale, actio aquæ pluviæ arcendæ.

CAPUT LVIII.

De operis novi nunciatione.

NOvum opus nunciare est faciendum opus inhibere, seu nunciare, ne quid novi operis (a) fiat. Usus nunciationis hic, ut si quid novi operis post interpositam nunciationem factum erit, jure, sive injuria, id omnino (b) restituatur. Non omnis vero nunciatio utilis. Nonnunquam enim ab initio non valet, interdum ex post facto infirmatur. Ut ab initio non valeat, facit aut genus operis, aut omissio formæ nunciationi præstitutæ. Genus operis tale exigitur, ut solo conjunctum sit, cujus ædificatio, vel demolitio videtur

novum

(o) Lex 12. Tab. de quadrupede loquitur. *l.* 1. *ff. si quadr. paup. fec.* Sed etsi non quadrupes, sed aliud animal pauperiem fecerit, utilis actio competit. *l. pen. d. tit.*

(p) Est & alia actio ex *ead. l.* de pastu pecoris, cujus fit mentio in *l.* 14. §. *ult. de præs. verb.* quæ tunc locum habet, cum pecus alienum agrum sine ulla domini culpa depavit. De qua vid. Oldend. *class.* 6. *act.* 19. Illud adversus jus commune in omni fere regione invaluit, ut domino pascuorum includere pecus liceat certe vigintiquatuor horas.

(q) Quæ summa est hujus actionis relata in *pr. Inst. si quad. paup. fec.* pluribus exposita in *d. l.* 1. *ff. eod.*

(r) *d. l.* 1. §. 2. *d. pr. Inst. eod.* Sic dicta, quod noxium nocendo animal dominum pretio suo pauperet. Marc. Freher. 2. *parerg.* 3.

(s) *d. l.* 1. §. *in bestiis*, 10. *d. pr. Inst. eod. l.* 3. 4. 5. *ff. de aeq. rer. dom.*

(t) Verba edicti extant in *l. qua vulgo*, 42. *de æd. edict.*

(u) *d. l. qua vulgo.* §. 1. *Inst. d. tit.* Ut tamen non deformitatis ratio habeatur, cum liberum corpus æstimationem non recipiat, sed impensarum, etiam amittendarum. *l.* 3. *si quad. paup.*

(x) *d. l. qua vulgo. d.* §. 1. *Inst. eod.*

(y) *d.* §. 1. quippe quæ etiam de feris bestiis competit. *l. pen. si quad. paup.*

(z) *d.* §. 1. *in fin. l.* 2. *de priv. del. l. nunquam*, 133. *de reg. jur.* ita tamen, ut una tantummodo, non omnibus simul experiri liceat. *l. plura*, 53. *de obl. & act.*

† Quod pluribus explicatur in *l.* 7. §. 2. *& ult. l.* 9. *& seq. in pr. de damn. inf.*

(a) *l. prater*, 20. *in pr. &* §. *deinde*, *hoc tit. de op. nov. nunc.*

(b) *l.* 1. *in pr. d. l.* 20. §. 1. *&* 3. *l.* 21. §. 1. *eod.* Unde nunciationem recte comparabimus appellationi; nam quemadmodum appellatione interposita, nihil innovandum est, *l. un. nih. innov. appel. pend.* ita & quiescere debet is, cui nunciatum est. Duar. *hoc tit. c.* 1.

novum opus continere; ideoque qui messem facit, aut arbores succidit, ad hoc edictum non (c) pertinet. Exigit Prætor, ut instituatur opus novum. Opus novum facere videtur, qui aut ædificando, aut detrahendo aliquid pristinam faciem operis mutat (d); idcirco si quis ædificium vetus fulciat, huic renunciatio non † nocebit. Sed & quædam opera ex eo genere Prætor excepit, in quibus contemnendam putavit operis novi nunciationem, veluti si quis rivos, vel cloacas velit reficere, vel purgare: & generaliter ea omnia, quorum dilatio periculum aliquod allatura est (e).

Formam nunciationis quinque hæc complectitur: personam nunciantis; ejus, cui nunciatur; nunciandi locum, tempus; modum. Jus nunciandi habent omnes, quibus justa est nunciandi causa, aut falso id (f) existiment. Causa hæc aut naturalis est, aut publica, aut (g) impositititia. Naturalis, cum quid ædificatur in nostro. Hic omnes jus nunciandi habent, ad quos ea res (h) pertinet; dominus, & qui pro dominis habentur, emphyteuta, superficiarius, tum tutor, & curator, item damni depellendi causa (i) vicinus. Publicam causam habent omnes cives, si quid nociturum in publico quis moliatur, aut contra (k) leges. Impositititia causa est, cum quis, posteaquam servitutem ædibus suis imposuit, contra servitutem (l) fecit. In summa nunciatio fit aut juris nostri conservandi, aut damni depellendi, aut publici juris tuendi (m) gratia. Nec vero nostro nomine tantum, sed etiam alieno, pura procuratorio, nunciationem fieri posse (n) constat. De iis, quibus nunciari potest, hæc est veterum definitio: non solum domino, verum etiam iis, qui nomine domini, vel operis sunt in eo loco, ubi opus fit, recte nunciari (o) posse. Locus nunciandi unus dumtaxat, in quo (p) opus fit. Tempus quodvis idoneum, etiam dies (q) feriati. Modus denunciandi triplex: aut per Prætorem; aut manu, & lapilli jactu; aut per nunciationem specialiter ita dictam, quæ verbis inter privatos † transigitur; quod postremum a superioribus eo differt, quod facientem possessorem constituat (r).

Nunciatio ab initio recte facta irrita fit aut remissione, aut mutatione domini. Remittitur tripliciter: aut conventione privata; aut remissione prætoria; aut cautione ejus, cui nunciatum est. Conventione privata, si nuncians postea (s) pactus sit, ut opus fiat. Prætoria remissio est, cum Prætor aditus nunciationem missam (t) facit. Remissionis hujus causa duplex: recusatio jurisjurandi de calumnia, ob quam causam in totum (u) remittitur; item si illi, qui nunciavit, jus non est (x) prohibere, ex qua causa semper remissio conceditur, quatenus is, cui nunciatum est, jus (y) ædificandi habet. Cautione præstita, remissionem ipso jure (z) omnimodo consequitur. Cautio duplex: ei, qui suo nomine opus novum nunciat, satisdandum est; qui alic-

---

(c) *d. l.* 1. §. *hoc autem*; 12. Interpretatio sumpta ex eo, quod opus factum omnimodo jubetur restitui.

(d) *l.* 20. *in pr.* Quod cum non præcise jubeatur in interdicto Quod vi, aut clam, aliter veteres id interpretati sunt. *l.* 7. §. 5. junct. *l.* 15. §. 5. *quod vi, aut clam.*

† *d. l.* 1. §. *opus*, 11. junct. §. *si quis*, 13. *eod. h. tit.*

(e) *l.* 5. §. *si quis rivos*, [illegible]. *&* §. *seq. eodem.* add. Gom. ad *l. Tauri*, 46. *n.* 37. & Duar. ad *d. l.*

(f) *d. l.* 1. *in pr. d. l.* 20. §. 1. *&* 3. Non autem si manifestum est, nullo jure nunciationem fieri. *arg. d. l.* 1. §. *pen.* Gail. 1. *obs.* 16.

(g) Distinctio Pedii in *l.* 5. §. *& belle*, 9. *eod.*

(h) *d. l.* 1. §. *pen.* junct. *l.* 3. *in pr. &* §. *pen. l.* 7. *in fin. eod.* Excipe si quid fiat ab uno ex sociis in solo communi. *d. l.* 3. §. 3.

(i) *d. l.* 1. §. *nunciamus*, 17.

(k) Juris videlicet publici tuendi gratia. *d. l.* 3. §. *ult.* junct. *d. l.* 1. §. *nunciatio*, 16. *& seq.*

(l) *d. l.* 5. §. *& belle*, 9. *l.* 1. §. 3. *de remiss.* Quibus locis etiam eum, cui servitus debetur, novum opus nunciare posse diserte scriptum est. Atqui hoc negatur in l. via, 14. *hoc tit.* Interesse existimo, ipse dominus ædificet, an alius; si alius, semper tenere nunciationem; si dominus, tunc solum, cum directe facit contra formam impositæ servitutis, ut in servitute altius non tollendi. *d. l.* 5. §. *& belle*, secus si per indirectum, ut si ædificet in via. *dict. leg.* 14. Vid. Ant. Fab. 19. *conj.* 5.

(m) *d. l.* 1. §. *nunciatio*, *& seq.*

(n) *d. l.* 1. §. 3. Oblata tamen satisdatione rem ratam haberi. *d. l.* 5. §. *qui procuratorio*, 18. *l.* 13. *in pr. &* §. *ult. eod.*

(o) In rem enim, non in personam fit. *l.* 10. *l. ult. eod.* & ideo etiam adversus absentes, ignorantesque dominos, modo intelligentes, facta valet. *l.* 1. §. 15. *d. l.* 10. *& seq. eod.*

(p) *d. l.* 5. §. 2. *&* 4. *eod.*

(q) *d. l.* 1. §. 4. quia non est jurisdictionis contentiosæ. *l.* 2. *de fer. & dilat.*

† Vid. *d. l.* 5. §. *meminisse*, 10. add. *l.* 26. *eod. l.* 10. §. 1. *quod vi aut clam.* & Duar. ad *d.* §. *meminisse*. Rob. 3. *sent.* 16. Pet. Greg. 4. *syntag.* 29. *n.* 2. Apud nos uno fere modo nunciatio fit, per apparitionem, aut similes personas publicas.

(r) *d. l.* 5. §. *meminisse*, 10. *l.* 1. §. *in operis*, 6. *eod.* Vid. omnino Reb. *d. loc.*

(s) *d. l.* 1. §. *inde*, 10. ubi ratio, facit *l. pen.* C. *de pact.*

(t) De qua remissione est in *l.* 8. §. 4. *& l.* 20. *in pr. eod.*

(u) *l.* 5. §. *qui opus*, 14. *eod.*

(x) Vel, quod idem est, quando nunciatio non tenet. *l.* 1. *in pr. &* §. 2. *de remiss.* quod ex eventu litis cognoscitur. Ceterum si ab initio inutilis est nunciatio, inutilis quoque est remissio. *d. l.* 1. §. 4.

(y) *l.* 8. §. 4. *hoc tit. l.* 1. *de remiss.* belle Duar. in *l.* 2. *h. tit.* ubi refellit correctionem Cujacii 1. *obs.* 16.

(z) Sine exceptione. *l.* 20. §. 1. *&* §. *deinde*. *l.* 5. §. *si is cui*, 17. *l.* 21. *in pr. &* §. 1. *eod.* sed utilitas hujus cautionis multum imminuta est a Justin. in *l. un.* C. *h. tit.* qui eam non aliter admittit, quam si post tres menses is, cui nunciatum est, non docuerit de jure suo. Ex praxi, oblata satisdatione, non continuo in totum missa fit nunciatio, sed per provisionem tantum, adhibita ante summaria cognitione.

alieno, [illegible] repromissione † contentus esse jubetur. Porro, ut est propositum, & metus nunciantis ita esse debet, satisdatio, & repromissio, ut aut caveatur de damno infecto, quæ stipulatio communis est; aut de opere (a) restituendo, quæ propria est hujus loci. Est autem hujusmodi: stipulanti ei, qui nunciat, is, cui nunciatur, promittet, si judicatum erit, opus non jure factum esse, aut, res non † defendatur, se (b), hæredemque suum, quod operis novi factum erit, boni viri arbitratu restituturum, & de (c) dolo malo subjicitur clausula. Potest & adjici, ut tantum præstetur, quanti nunciantis interest. Sive igitur res judicetur, sive res non defendatur, stipulatio in id committitur, ut aut res restituatur, aut quanti ea res erit, tanta pecunia detur, si hoc petitor (d) maluerit. Mutatione dominii extinguitur nunciatio, alienatione, & (e) morte nunciantis.

Adversus nunciationem ab initio recte factam, nec postea remissam, aut aliter finitam, si quid operis fiat, id omnino restituendum est. Ad eam restitutionem consequendam propositum est (f) interdictum, quod nihil aliud est, quam actio in factum ejus restitutionis obtinendæ causa. Competit hoc interdictum ei soli, & hæredi ejus, qui (g) nunciavit, adversus eum, qui opus fecit, vel factum (h) ratum habuit, non adversus eum, cui nunciatum est, si ipse nihil (i) fecit. In hæredem hoc interdictum non datur, nisi in id, quod ad eum pervenit, aut dolo malo fecit, quominus (k) perveniret. Competit ad hoc, ut opus factum restituatur, non quodvis, sed novum (l), factum post nunciationem. Restitui autem opus intelligitur, si id, quod extructum est destruatur, detractum in eumdem statum reponatur.

CAPUT LIV.

De damno infecto.

Hucusque de operis futuri inhibitione. Quod si opus, ex quo damnum [illegible], aut jam factum erit, aut prohibere non possumus, proposita est (m) edicto Prætoris stipulatio de damno infecto, remedium commune, quo rebus integris adversus damna futura utimur. Quæstionis hujus quatuor omnino sunt partes: petitio, & postulatio ejus cautionis, unde sit, & quid contineat; quæ sit, & qualis cautio, denegatæ cautionis quæ pœna, admissæ quis effectus. Ad obtinendam hanc cautionem petitio edicto Prætoris est constituta, cujus generis postulationem etiam verbo actionis contineri (n) responsum est. Quid contineat, ita intelligemus, si prius, qua de re, cui, adversus quem competat, cognoverimus. Est hæc petitio, & stipulatio de damno infecto, idest, nondum facto, quod futurum (o) veremur; de præterito, quod inciderit nulla interposita cautione, non est (p) constituta. A quacumque autem re, aut opere alieno damnum metuitur, petitio locum habet; proinde sive ædium vitio, sive operis, quod vel in ædibus, vel in loco urbano, aut rustico, privato, publicove fiat, damni aliquid futurum sit, curat Prætor, ut metuenti damnum (q) caveatur. Unum genus operis exceptum est, si publicus locus publice reficiatur (r).

Jus petendæ hujus cautionis habent omnes, quorum in bonis res est, cui damnum metuitur, aut quorum periculo est, quorumve (s) interest; dummodo qui petit sibi caveri juret,

† d. l. 5. §. 17. junct. l. 8. §. 3. eod.

(a) l. 1. §. *nunciamus*, 17. d. l. 21. *in pr.* & §. 1. eod

† [illegible] duæ sunt conditiones hujus stipulationis. d. l. 21. §. 2. [illegible] 4.

(b) Hinc morte ejus, cui nunciatum est, non extinguitur nunciatio. d. l. 8. §. *ult.*

(c) Hæ duæ præstationes indicantur in d. l. 21. §. 1. & 2.

(d) Sin minus, omnimodo opus restituendum est. d. l. 21. §. 4. & *ult.* l. 12. *eod.* quippe Magistratus hic vertitur auctoritas.

(e) Quia his modis finitur jus prohibendi. l. 1. §. *pen.* *eod.* Vid. tamen Duar. *ibid.* & Pet. Greg. 4. *synt.* 31.

(f) Quod extat in l. 20. *in pr. eod.*

(g) d. l. 20. §. *hoc interdictum*, 6. unde si plures sint domini, omnes nunciare necesse est. l. 5. §. 5. *eod.*

(h) d. l. 20. §. *adversus*, 7.

(i) Nunciatio enim operis, non personæ est. l. *ult.* *eod.* Ut tamen, exempli causa, emptor, cui nunciatum non est, non ultra teneatur, quam ut præstet patientiam; idest, patiatur opus destrui sumptibus alienis, quos sumptus is, qui nunciavit, recipiet a venditore actione in factum ex edicto *de alien. mut. ad.* l. 3. §. 3. ff. d. *tit.* Pac. 3. *quæst.* 12.

(k) d. l. 20. §. *plane*, 8. semper tamen patientiam destruendi operis adversario præstare debet. l. *pen. eod.*

(l) Vid. l. 21. §. 3. *eod.* quia vero probatio ejus rei difficilis est, quando ante nunciationem opus est inchoatum, recte fecerit nuncians, si adhibuerit cautionem, quam suggerit Paul. in l. 8. §. 1. & §. 5. *eod.*

(m) Quod extat in l. 7. explicatur *hoc tit.* ff. *de damn. inf.*

(n) l. *actionis*, 37. *de obl. & act.* ubi per stipulationes prætorias per metonymiam effecti intelligere debemus petitionem ipsarum; actio hæc ex obligatione, obligatio ex conditione rei nostræ, quæ talis est, ut nos damno a se dato oneret, nisi parati simus ea cedere, aut de damno rebus integris cavere. d. l. 7. §. 1.

(o) l. 2. *eod.* Quod contingere speratur. l. 13. §. *ult.* *eod.* idest, expectatur, aut existimatur futurum; more græco, ut illud Poetæ: *At sperate Deos*; idest, cogitate Deos esse; ut recte observavit doctissimus Vossius in *Inst. Orator.*

(p) Ac ne cogi quidem vicinus potest, ut rudera tollat, modo paratus sit opere vitioso cedere. l. 6. d. l. 7. §. *ult.* l. 8. & *seq. hoc tit.*

(q) l. 19. §. *ult.* l. *fluminum*, 24. *in pr.* l. *damni* 30. *in pr.* l. & *fin. eod.*

(r) l. 15. §. *si publicus*, 10. *eod.* Potest tamen eo nomine adiri Princeps, aut Præses Provinciæ. d. l. 24. *in pr.* *vers. quid ergo.*

(s) l. 13. §. 3. & §. *superficiarium*, 8. l. 11. l. *damni.* 18. *in pr. eod.*

ret, se non (*t*) calumniandi animo id postulare. Ceterum etsi juste damnum metuitur; tamen duplici de causa stipulatio postulata denegatur; vel quia is, qui petit indignus est, cui ea stipulatio præstetur; vel quia alio pacto ei consuli potest. Indigni duo; qui patitur juxta ædificium suum monumentum fieri, cum jus habeat (*u*) inhibendi, tum is, qui postulat sibi caveri earum ædium nomine, quarum ipse cavere supersedit, atque ita eas ædes possidere suo jure vicinus (*x*) jussus est. Sed & qui alia actione damnum sarcire potest, inique supervacua cautione adversarium (*y*) onerat; quo in numero sunt (*z*) inquilinus, fructuarius, dominus proprietatis †, superficiarius (*a*), emptor, si ante rem traditam sibi caveri postulet, socius item, si ædibus communibus ruinosis vicinas (*b*) proprias habeat. Hinc quæstio de communi pariete aut demoliendo, aut reficiendo, quæ pluribus locis sub hoc argumento, & dilucide a veteribus est explicata †.

Varii hac actione tenentur, prout opus aut jam factum est, aut demum institutum. De opere jam facto omnes tenentur, quorum in bonis ea res est, & eam possident (*c*), tenentque. De opere, quod instituitur, omnes conveniri possunt, qui hoc moliuntur (*d*).

Hæc de petitione. Stipulatio quæ sit, & qualis videamus. Prius notum facient hæc tria: res, personæ, dies. Quicumque in suo ædificat, de omni damno futuro, quod ex ædium, loci, operisve vitio metuitur, cavere debet. Qui autem quid molitur in alieno, de soli vitio cavere non (*e*) cogitur. De personis hoc tenebimus; etiam successores in hanc stipulationem deduci, sive universi juris, sive certæ alicujus rei, omnesque, ad quos ea res (*f*) pertinebit; cujus adjectionis vis hæc, ut promissor, hæredesque ejus non teneantur ex facto suo, sed etiam ex facto eorum, qui in rem (*g*) successerunt. Præter conditionem illam, si damnum contigerit, etiam dies huic stipulationi inest, intra quem finiatur. Et si quidem dies co[illegible]ne contrahentium adjectus erit, res est [illegible]; sin minus in publicis operibus decenn[illegible] constitutum est: in privatis Prætoris arbitrio hoc reservatur, qui tum pro causa periculi, tum pro qualitate damni, causa cognita, hoc (*h*) moderabitur. Qualitas cautionis pro personis, quæ conveniuntur, variatur. Qui suo nomine convenitur, promittere, qui alieno (*i*), satisdare jubetur. Suo nomine conventi (*k*) intelliguntur, dominus ædium, aut loci, tum bonæ fidei possessor, item is, qui servitutis, quam in alieno habet, reficiendæ causa aliquid facit; puta viæ, aut aquæductus. Alieno, superficiarius, fructuarius, qui ædificat in (*l*) publico. Quod si de dominio controversia sit, sub (*m*) exceptione satisdandum est.

Pœnarum cautionis denegatæ hic progressus. Primo mittitur is, cui non cavetur, in possessionem ejus rei, cujus nomine cautionem (*n*) postulat. Si plures postulent, omnes æqualiter mittuntur, nec ordo quidem postulantium (*o*) spectatur. Finis missionis est, ut tandem tædio diuturnæ custodiæ extorqueatur vicino (*p*) cautio. Effectus hic, non ut missus veram possessionem consequatur, sed detentionem tantum, & rei (*q*) custodiam. Si nihil proficietur missione in possessionem, decretum a Prætore interponitur, quod secundum veteres appellant, isque, cui non cavetur, etiam (*r*) possidere jubetur; non equidem statim, sed tunc demum, cum justa causa esse videbitur. Ergo † intervallum

(*t*) *d. l.* 13. §. 3. Qui alieno nomine postulat, is insuper & de rato cavere debet. *l. inter quos*, 39. *l. pen. eod.*

(*u*) *d. l.* 15. §. *si quis juxta*, 7. ubi ratio.

(*x*) *d. l.* 13. §. *si quis*, 11. ductum ex æquitate edicti. *Quod quisque juris in al[illegible]stat.*

(*y*) *d. l.* 18. §. *s[illegible]quid*, 9. *l. si ædibus*, 32. *eodem*.

(*z*) Qui damni nomine actionem habet ex conducto. *d. l.* 13. §. *de stilo*.

† *d. l.* 18. §. 2. *l.* 20. *in pr.* ubi ratio. *eod.*

(*a*) *d. l.* 18. §. 4. quippe cum habeat actionem ex empto; enim vero si venditor omne periculum custodiæ transtulerit in emptorem, cautioni erit locus. *l. emptor*, 38. *in pr. d. l.* 18. §. 7. *& seq.*

(*b*) Potest enim socius, quod impendit in refectionem ædium communium, recipere judicio societatis, aut communi dividundo. *d. l.* 32. *eod.* Excipe tamen casum *l.* 39. *eodem*.

† *l. in parietis*, 35. *& du. ll. seqq. l. ex damni*, 40. §. 1. *& seq. eod.*

(*c*) Quo in numero qui sint, intelligetur ex *d. l.* 13. *in pr. &* §. 1. *l.* 9. §. *pen. & ult. & du. ll. seqq. l.* 19. *eodem*.

(*d*) *d. l.* 13. §. 1. *d. l.* 9. §. *pen. & ult. l.* 20. *l.* 24. *in pr. l. damni*, 30. *in pr. eod.*

(*e*) *d. l.* 24. *in pr. junct. l.* 18. §. 4. *l.* 20. *l.* 30. *eod.*

(*f*) *d. l.* 24. §. 1.

(*g*) Nam ut singularis successor, puta emptor, ex hac stipulatione teneatur, jure effici non potest. *l.* 38. §. *alteri*. *l. inter*, 83. *in pr. de verb. obl.* tametsi hoc Bart. & commun. DD. hic admiserint.

(*h*) *d. l.* 29. §. *ult. & du. ll. seq. l.* 9. *in pr. eod.*

(*i*) Verbis ipsius edicti. *l.* 7. *in pr. eod.*

(*k*) *d. l.* 13. §. 1. *l. damni*, 30. *in pr. eod.*

(*l*) *d. l.* 9. §. *pen. & ult. l.* 10. *l.* 20. *l.* 24. *in pr. eodem*.

(*m*) *d. l.* 7. *in pr. l. qui vias*, 31. §. 1. *eod.* Exceptio ita concipietur. Si reus, cujus nomine fidejussores spondent, dominus rei non sit. *l.* 23. §. *ult. eod.*

(*n*) *d. l.* 7. *l.* 15. §. *ex hoc edicto*, 51. *l.* 40. *eod.*

(*o*) Utique tamen, si priores parati sint satisdare, posteriores non admittuntur. *d. l.* 33. §. *si plures*, *&* §. *cum autem*, 18. *d. l.* 4. §. *ult.*

(*p*) *l.* 5. *ut in poss. legat.*

(*q*) Ut accidit in omnibus causis, ex quibus fit missio. *d. l.* 5. *in pr. l.* 3. §. *ult. ff. de acq. poss.* Neque enim statim ob contumaciam possessio, cujus tanta sunt commoda, auferenda est. Menoch. *ret. poss. rem.* 3. *nu.* 172. *& seqq.*

(*r*) Ut verba sunt edicti. *d. l.* 7. *in pr.*

† Quod non abs re jusdicenti definiendum DD. relinquunt. Menoch. 2. *arbit. cas.* 6. *n.* 13.

lum aliquod debebit intercedere, quo aut pro derelicto ædes longo silentio dominus videatur habuisse, aut misso in possessionem, & aliquandiu immorato nemo (*s*) caveat. Ei, qui aberit, prius domum (*t*) denunciandum est. Qui autem jussus est possidere, e[illegible]; & dominus constituitur, si dominus fui[illegible] cavere detrectavit; sin minus, possessio tantum (*u*) transfertur, qua per longum tempus res usucapiatur. Et in universum ita tenendum est; nihil amplius nos ex hac causa consequi, quam consequemur possessione ex alia justa causa (*x*) translata; usque adeo, ut & salva maneat creditori ignaro pignoris persequutio. Posteaquam autem possidere quis jussus est, cautionis oblationi amplius non (*y*) est locus. Postremo si superiora omnia nihil promovebunt, idest, si adversarius neque cavebit, neque patietur actorem in possessione esse ex primo decreto, neque possidere ex secundo, tunc in eum actio in factum datur, ut tantum præstet, quantum præstare eum (*z*) oporteret, si damni infecti cavisset. Atque his quidem remediis locus est, ædibus, atque opere adhuc stante. Quid ergo si ruerint? Et placet, si ante cautionem petitam id contigit, nullum vicino superesse (*a*) remedium, si quidem negligentia ejus arguatur; quod si justo aliquo casu, aut impedimento prohibitus sit, quominus sibi tempestive prospiceret, placet hactenus eum actionem habere, ut dominus aut damnum sarciat, aut ædibus (*b*) cedat. Idem probandum est & si ædes post missionem a Prætore impetratam collapsæ fuerint, & petitor venire neglexerit. Enimvero deliberatio Prætoris postulanti nocere non debet (*c*).

Interpositæ cautionis hujus idem effectus, qui ceterarum stipulationum, quæ sub conditione concipiuntur, nempe, ut conditione superiore existente, agere ex ea liceat: Conditio tria hæc complectitur: si damnum contigerit: si contigerit ædium (*d*), loci, operisve vitio; si contigerit intra diem stipulatione comprehensam. Ubi hæ conditiones extiterint, tum ex hac stipulatione actio stipulatori adversus promissorem competit in id, quanti ea res est, seu quanti stipulantis interest, damnum ab opere ruinoso datum non (*e*) esse; ut tamen picturarum pretiosarum, aliorumque operum ad voluptatem comparatorum (*f*) moderata æstimatio fiat. Illud obiter monendum, Prætorem duas res Magistratibus municipalibus injunxisse, cautionem, & missionem in possessionem; cetera jurisdictioni suæ reservasse (*g*).

CAPUT LX.

De aquæ pluviæ arcendæ actione.

Ex superioribus quidem remediis damno futuro occurritur, a quacumque re, atque opere id metuatur. Actio aquæ pluviæ (*h*) arcendæ ad ea opera solum pertinet, quibus aqua pluvia nocere potest. Præterea & hoc a novi operis nunciatione differt, quod hæc actio sit de opere jam facto; illa ad opera nondum facta pertineat. Differt item a stipulatione damni infecti, quod hac actione id agitur, ut & opus restituatur, & simul damnum sarciatur; illa restitutionem operis non continet. In summa hæc actio tunc locum habet, cum opere in fundo privato facto, aqua ob id in agrum alterius derivatur, cui nocet, aut nocere potest, constituta, ut id opus restituatur, & quod damni ex eo opere post litem contestatam contigerit, sarciatur. Quæ singula qualia sint, partibus hujus distinctionis explicatis, melius intelligetur.

In hac igitur summa duæ partes spectantur, eædem nimirum, quæ in ceteris actionibus: causa

(*s*) *dict. l.* 15. §. *non autem*, 21. præterquam si dominus Reipub. causa abfuerit, vel si minor sit. *l.* 21. §. *si forte*, 22. *eod.*

(*t*) Quod fragmentum edicti extat, & explicatur in *l.* 4. §. 5. *eod.*

(*u*) Quæ distinctio nititur tum collatione sequentium locorum. *l.* 15. §. *Julianus*. & *seq.* §. *posteaquam*, 33. *l.* 5. *l.* 12. *hoc tit. l.* 1. *de fund. dot. l.* 3. §. *ult. de acq. poss.* 1. 5. & 7. §. 9. *commun. divid.* tum certissima juris ratione; siquidem quibus ex causis usucapiendi conditio transfertur, si dominus non est, a quo res transfertur, ex iisdem causis transfertur dominium, si dominus fuit. §. *pen. Instit. per quas pers. l.* 74. *de cont. empt.* Atqui dominium facere legis est, non jurisdictionis prætoriæ. Est solius legis dominium ipso jure sine ullo facto transferre; sed nihil prohibet, quominus Prætor per consequentiam possessionis translatæ dominium tribuat. Diss. varie Cujac. 21. *obs.* 36. Vaud. 1. *q.* 37. Ant. Fab. 7. *conj.* 4.

(*x*) *d. l.* 15. §. *si de vectigalibus. l. cum postulassem*, 44. §. 1. *eod.* Vid. tamen *l.* 19. *eod.*

(*y*) *d. l.* 15. §. *posteaquam*, 33.

(*z*) Quæ penultima edicti clausula est. *l.* 7. *in pr. eod.* add. *l.* 15. §. *ult. l.* 17. *l.* 18. §. *si pupillus*. & §. *pen. eod.* At enim pignoribus captis coercere non licet *l.* 4. §. 1. *eod.*

(*a*) Ne ad id quidem, ut damnum sarcire, aut ruderibus cedere vicinus cogatur. *d. l.* 7. *in fin.* & *l. seqq.* ratio est in *d. l. ergo*, 44.

(*b*) *d. l.* 7. *in fin.* & *du. ll. seqq.*

(*c*) Hoc, & quod præcedit, est in *d. l.* 15. §. *eleganter*. & §. *pen. d. l.* 44.

(*d*) Naturale tamen vitium loci ad hanc stipulationem non pertinet. *l.* 24. §. 2. *eod.*

(*e*) *d. l.* 15. *in pr. &* 18. § *Sabini*. junct. *l. in hac*, 28. *eod.* Damnum autem non est, si nihil patrimonio deminuitur. *l.* 3. *l.* 26. *in fin. cum du. ll. seqq. eod.*

(*f*) *l. ex damni*, 40. *in pr. eod.* uti & in specie *l. nam si*, 37. *eod.*

(*g*) Hoc ideo, quia res damni infecti celeritatem desiderat, & periculosa actori est dilatio; cetera autem moram pati possunt. *l.* 1. & *l.* 4. §. 3. *eod.*

(*h*) Sic dicta, quia id agitur, ut aqua a vicino arceatur, idest, coerceatur, & cohibeatur, ne, ut ante, in vicinum agrum influat. *l.* 2. §. *pen. ff. hoc tit. de aq. pluv. arc.* Vid. de hac actione Cæpoll. *cap.* 5. *de serv. rust.*

causa hujus actionis; tum vis, & effectus. Causa quatuor hæc desiderat: aquam pluviam, quæ noceat, aut nocitura sit; opus manufactum, quo ea aqua noceat; locum certum, in quo id opus factum sit; denique & locum, cui noceatur. Aqua pluvia est, quæ de cælo cadit; sed & eam aquam hoc nomine intelligimus, quæ ex pluvia, & imbribus incrementum (*i*) sumit. Exigitur, ut hæc aqua vicinis noceat, aut nocere possit; quod ita fit, si aquam ex agro nostro immittamus in vicinum, cum prius in eum non flueret, aut cum prius flueret, majorem eam, & citatiorem (*k*) faciamus. Secundum exigit hæc causa, ut aqua pluvia noceat non quovis modo, sed opere † manu facto. Quod si aqua naturaliter ex superiore fundo in inferiorem defluat, ejus excipiendæ servitutem inferior superiori (*l*) natura debet: Opus autem omne manufactum, quo aqua nocere possit, hac actione tenebitur, nisi quæ nominatim excipiantur, de quibus paulo post. Tertio locum, in quo opus fit, privatum esse oportet; in publico factum ad hanc actionem non (*m*) pertinet; sed & agrum esse oportet, aut prædium rusticum. Quod si aqua ex ædificio urbano noceat vel agro, vel ædificio rustico, de fluminibus, & stillicidiis (*n*) agendum est. Postremo non aliter hæc actio competit, quam si aqua pluvia agro, seu fundo noceat. Quid ergo si ædificio noceat, aut oppido? Hic iterum generali illa actione negatoria de stillicidiis, & fluminibus utendum erit. Ceterum non omnia opera in hanc actionem veniunt. Excepta sunt hæc quinque: quæ agri (*o*) colendi causa aratro facta sunt; quod factum est publica (*p*) auctoritate aquæ emittendæ causa; quod ab iis factum est, qui primi agros (*q*) constituerunt; quod opus quis in suo fecit, non quo aquam, quæ in agrum ejus restagnare solet, excluderet, sed quo flumen, torrentem (*r*) averteret, ne influeret in suum; postremo in hoc judicium non veniunt ea opera, quæ jure servitutis lege, aut vetustate vicinis agris imposita, in nostro habemus (*s*).

De vi hujus actionis quærenti hæc cognoscenda: quid contineat, cui, & adversus quem detur. Continet hæc duo: ut opus factum restituatur; ut sarciatur damnum post actionem (*t*) institutam. Restitui opus intelligitur, si aqua ita coercebitur, ut jam nocere non (*u*) possit. Si ipse dominus opus fecit, suis id ipse sumptibus tenetur restituere, alias patientiam dumtaxat restituendo præstare (*x*) cogitur. Quod si nec ipse restituet, nec alium restituentem patietur (*y*), condemnandus erit in id, quod actoris (*z*) interest factum id esse, quod fieri debuit. Competit hæc actio soli (*a*) domino ejus fundi, cui aqua nocere potest; ceterum (*b*) utilis etiam fructuario accommodatur. Competit adversus eum tantum, qui fundi, in quo opus factum est (*c*), dominus est; verum & hic (*d*) utilem actionem adversus fructuarium dari placuit. Quod autem de fructuario dicimus, id vel magis dicendum est de emphyteuta, & (*e*) domino agri vectigalis. Cum colono, procuratore, tutore interdicto quod vi, aut clam experiundum est (*f*).

CA-

(*i*) *l.* 1. §. 1. & §. *in summa*, 15. & *seq. eod.* Quæ autem ex fonte, aut puteo derivatur in vicinum, ad hanc actionem non pertinet, sed eo nomine negatoria agendum. *l.* 8. *Aristo, si serv. vind.*

(*k*) *d. l.* 1. §. 1. §. *iidem ajunt*, 10. & *dict.* §. *in summa*. Cic. in Top. Vid. Duar. *c.* 1. *hoc tit.* Cujac. 27. *obs.* 24.

† *dd. ll.* Sane si quid naturaliter factum est, quod in priorem statum restitui potest sine damno domini, æquitate in eum actio datur, ut id patiatur restitui. *l.* 2. §. 5. & *seq. eod.*

(*l*) Sicut enim omnis pinguitudo terræ ad inferiorem agrum decurrit, ita etiam aquæ incommodum ad eum defluere pati debet, neque hoc cum superiore commodo pensare. *l.* 1. §. *ult. eod.*

(*m*) *d. l.* 1. §. *item sciendum*, 17. *in fin.*

(*n*) Quo loco item id, quod sequitur, traditum est.

(*o*) *d. l.* 1. §. 3. & *aliquot seqq.* Secus est, si ea fiant in prato. *l.* 24. *eod.*

(*p*) *l.* 2. §. 3. *l.* 23. *eod.* Reliqua sunt in *d. l.* 23. *l.* 2. §. *pen.* & *ult.*

(*q*) Potuerunt enim hanc legem rebus suis ab initio imponere.

(*r*) Siquidem multum interest, utrum quis aquam ex suo exoneret in alienum, an extrinsecus venientem avertat.

(*s*) Tria autem sunt, per quæ inferior locus superiori servit: lex, natura loci, vetustas, quæ semper pro lege habetur minuendarum litium causa. *l.* 2. *in pr. eod.* Vetustatem autem operis facti intelligemus, cujus non extat memoria. *d. l.* 2. §. 1.

(*t*) *l.* 6. §. *officium. eod.* De damno, quod ante datum est, quod vi, aut clam agendum, de eo, quod post sententiam futurum est, damni infecti caveri oportet, aut ita opus restitui, ut nullum periculum damni supersit. Vid. *l.* 14. §. 2. & *seqq.*

(*u*) *l. si usufructus*, 22. §. 1. *eod.*

(*x*) *l.* 6. §. *pen. l.* 7. *l.* 11. *cum du. seq. eod.*

(*y*) *l. vicinus*, 24. §. 2. *eodem.*

(*z*) Condemnatio communis obligationum faciendi. *l.* 13. §. *ult. de re jud.* permitteturque litis æstimatio jurejurando actoris. *arg. l.* 2. & 5. *de in lit. jur.*

(*a*) *l.* 3. §. *pen. eod.* neque aliter, quam si eo ignorante, aut decepto opus factum sit. *l.* 19. *eod.*

(*b*) *l.* 22. *eod.* Non item directa, de qua accipienda est *d. l.* 3. *in fin.*

(*c*) *l.* 4. §. *pen.* & *ult. l.* 18. *eod.*

(*d*) *d. l.* 22. §. *ult.*

(*e*) Sive utatur ipse hac actione, sive adversus eum agatur. *l.* 23. §. 1. *eod.*

(*f*) *d. l.* 4. §. *pen.* & *ult.*

CAPUT LXI.

De fidejussoribus, mandatoribus, pecuniæ constitutæ reis; itemque obiter de exercitoria, & institoria actione.

ADhuc obligatio fuit ex re nostra. Sequitur ea, quæ ex alterius facto, & persona nascitur. Obstringimur hoc modo trifariam: aut alienæ obligationi accedendo, aut rem pignori obligatam possidendo, aut sola conditione personæ. In primo genere aut voluntas aperta id facit, aut tacita. Voluntate aperta pro aliis obligamur, cum alienam obligationem ita in nos suscipimus, ut ei accedamus, manente principali obligatione. Accessiones hujus generis sunt (*g*) tres: fidejussores, mandatores, pecuniæ constitutæ rei. Fidejussor est, qui, quod alius debet, fide sua esse jubet, interposita (*h*) stipulatione. Mandator est, cujus mandatu quis pecuniam credit certæ (*i*) personæ. Pecuniæ constitutæ reus, qui pecuniam debitam se soluturum constituit nudo (*k*) pacto. Hi omnes partim ex sua persona, partim ex aliena obligantur. Ex sua persona, quatenus consensum eorum spectamus, de quo supra suo ordine dictum est. Ex aliena, qua parte obligationi alienæ accedunt; in quo nonnulla sunt singularia, de quibus separatim cognoscendum. Spectantur vero hæc aut in initio obligationis, aut in solutione, aut in exequutione. Initio leges duæ: una, ut omni obligationi sive civili, sive naturali (*l*) accedere possint; altera, ne in duriorem causam (*m*) obligentur, quam rei principales. In solutione, ut liberato principali debitore (*n*), solvantur & accessiones; nam quod etiam ex sua persona solvendo liberentur, id commune est cum ceteris creditoribus. De proprio autem illo genere liberationis dicetur iterum infra c. ult. In exequutione duo iis beneficia indulta. Unum (*o*) ordinis, ut reus principalis prius conveniatur, nec ante perveniatur ad accessiones, quam si suum creditor a debitore (*p*) consequi non possit. Id duobus casibus accidit: si vel absit reus, vel non sit solvendo. Priore tamen casu fidejussori postulanti spacium temporis Judex largitur, intra quod reus revocatus adsit: eo elapso lis adversus fidejussorem peragitur. Posteriore casu, si reus præsens sit, aut evocatus venerit, tum si is solvendo non erit, fidejussor recte convenitur. Verum cum de eo prius constare debeat, reus ipse primo conveniendus, & condemnandus est, deinde facultates ejus ex causa judicati discutiendæ, bonaque, quæ erant, vendenda (*q*) sunt. Alterum beneficium inter plures fidejussores epistola D. Adriani constitutum (*r*), divisionis appellatur. Id tale est, ut si omnes fidejussores tempore litis contestatæ solvendo sint, is, qui convenitur, dividi actionem desiderans, exceptionem ex eadem epistola habeat, ne ultra, quam pro parte sua virili (*s*), conveniatur. Si quis autem ex fidejussoribus eo tempore solvendo non sit, hoc cæteros (*t*) onerat. Quod si quis omissa exceptione solidum solverit, id sibi imputet; nam nec ullam habet adversus confidejussores (*u*) actionem, nisi forte curaverit, ut sibi actiones a creditore (*x*) cederentur. Ceterum hæc beneficia (*y*) renunciando, ut fere fit, amittuntur; quippe cum unicuique liceat juri pro se introducto renunciare (*z*).

Voluntate tacita ex aliorum persona obligantur duo: exercitor navis: tum is, qui tabernam, aut quamlibet aliam negotiationem exercet. Exercitor navis, si quid cum eo, quem magistrum præposuit, contractum sit ejus rei cau-

(*g*) Quæ eodem fere jure omnes habentur, conjunguntur que in *l. ult. Cod. de const. pec.* *Nov. 4. de fidejuss.*

(*h*) *Inst. de fidejuss. in pr. l.* 12 *C. eod.*

(*i*) Quod fit nudo consensu. Etiam hoc inter mandatorem, & fidejussorem interest, quod mandator semper obligationem principalem præcedit, fidejussor & sequi potest. *§. 3. Inst. de fidejuss.*

(*k*) *§. de constituta. Inst. de act.* Vid. *sup. cap.* 22.

(*l*) Ceterum aliquam præcedere oportet. Vid. *§. 1. Inst. de fid. l. 1. 2. l. 8. §. 1. & seqq. ff. eod. l. 1. §. pen. & ult. de pec. const. l. si mandatu, 45. ff. mand.*

(*m*) Ne plus sit in accessione, quam in principali re. *§. 5. Inst. l. 8. §. illud. ff. de fidejuss.* Quominus autem arctius obstringantur, puta pro debito naturali civiliter, nihil prohibet. Quæsitum an in ampliorem summam acceptus teneatur saltem pro ea parte, quam reus principalis debet? in quod proclivior sum. *arg. l. 11. §. 1. & l. seq. de pec. const. l. 22. C. de fidejuss. l. 1. §. 4. de verb. obl.* Igitur quod dicitur in *d. l. 8. §. illud.* eum omnino non obligari, interpretabimur, non in solidum, sive non omnino, cum Bar. Mynsin. ad *d. §. 5.* Bronchorst. 4. *ass.* 53. Disp. Goed. *de cont. stip. c. 4.* [illegible]4.

(*n*) *l. in omnibus speciebus, 43. de obl. & act.*

(*o*) Quod & excussionis dicitur. Ordinis; propter ordinem conveniendi; excussionis, quia bona rei excutiuntur, ut sciatur, an solvendo sit. Vid. de hoc beneficio Gom. 2. *res.* 13. *n.* 14.

(*p*) Beneficium humanitatis causa fidejussoribus datum a Justin. *Nov. 4. c. 1. unde Auth. præsente. C. de fidejuss.* contra conditionem obligationis, jurisque veteris constitutionem. *l. 3. l. 5. C. d. tit.*

(*q*) Hæc Justin. in *d. Nov. 4. c. 1.*

(*r*) Quod & ipsum humanitatis causa constitutum est, præter formam, & conditionem obligationis, quæ ex verbis nascitur.

(*s*) *§. 4. Instit. de fidejuss. l. inter, 26. & du. seqq. ff. eod.*

(*t*) *dict. §. 4.* Semel autem beneficium quæsitum non aufertur; puta si divisa actione post litem contestatam quidam desierint esse solvendo. *l. inter eos, 51. §. pen. d. tit.* sibique imputet creditor, quod eos, quo tempore solvendo erant, non convenerit.

(*u*) *d. §. 4. l. ut fidejussor, 39. ff. eod.*

(*x*) Quod ut fiat, jure desiderare potest. *l. 2. l. 11. Cod. de fidejuss.* add. *l. cum is, 36. ff. eodem.*

(*y*) [illegible]utio Notariis usitata in Instrumentis fidejussionis.

(*z*) *l. pen. C. de pact.*

causæ, cui propositus est. Ad quam rem actio adversus exercitorem edicto Prætoris comparata est, quæ ob id (*a*) exercitoria dicitur. Est autem exercitor navis, ad quem quotidianus navis quæstus (*b*) pertinet. Magistrum vero accipere debemus eum, cui totius navis cura (*c*) mandata est. Similiter in eum, qui tabernam, aut quamlibet aliam negotiationem exercet, actionem Prætor pollicetur, si quid contractum sit cum institore ejus rei causa, cui institor (*d*) præpositus est, quæ idcirco institoria nominatur; nam qui negotiationibus præponuntur (*e*), institores vocantur, ex eo quod negotio gerendo instent. Utraque hæc actio ex tacita quidem voluntate eorum, qui magistrum, aut institorem præponentes hoc animo esse videntur, ut facta eorum præstare velint; verum hoc non est satis ad actionem adversus eos introducendam; ideoque edicto Prætoris introducta est, idque propter utilitatem publicam, quæ in superioribus duabus causis versatur (*f*).

CAPUT LXII.

De pignoribus, & hypothecis.

IS item, qui rem obligatam pignori possidet, ex facto debitoris tenetur. Quamvis enim certum est, actiones omnes, quæ adversus possessores pignorum comparatæ sunt, in rem esse, ideoque rem ipsam, quæ prius obligata est, sequi, ac propter rem possessores, ut est actionum omnium in rem natura; negari tamen non potest, eum, qui propter rem maxime convenitur, etiam ex debitoris persona conveniri, a quo ea pignori obligata est: inde enim est, quod soluto debito possessor liberetur. Quid quod pignus accessionis, & cautionis genus est fidejussioni adeo simile, ut mutato obligationis subjecto pene sit idem; ut vel ob hanc causam superior locus hunc tractatum ad se trahere debeat. Pignus, & hypotheca in hoc differunt, quod pignus proprie est, cum simul res traditur, maxime si mobilis sit; hypotheca autem, quæ sine translatione possessionis nuda conventione (*g*) obligatur. Sed hoc docendi tantum causa, ut suis quæque res vocabulis demonstretur. Alioqui pignus frequenter etiam de re immobili usurpatur, & nuda quoque † conventione constitui dicitur. Sane (*h*) effectu juris inter hæc nihil interest. Quapropter sermone ad pignus collato, ne verbosa fiat disputatio, primo illud ex generali illa significatione definiamus; deinde porro quæramus, quo modo constituatur, constituti quis usus, quod in eo jus creditoris, eadem omnino & de hypothecis intellecturi. Pignus est res omnis pro debito creditori (*i*) obligata. Duæ igitur res pignus constituunt: debitum præcedens, & pro eo debito obligatio. Quale sit debitum, nihil interest, dummodo aliquod præcedat; & ideo si conditionale sit, non aliter pignora obligantur, quam si (*k*) conditio extiterit. Constituitur pignus aut lege, & jure ipso, aut facto alieno. Lege, cum favore personæ, aut causæ, de qua agitur, quibusdam personis pignus ex privilegio datur; ut fisco in bonis debitorum fisci; pupillis, & adolescentibus in bonis tutorum, & curatorum pro officio administrationis; uxori in rebus mariti in causa dotis; legatariis nomine legatorum in bonis defuncti; cuivis creditori in illis ædibus, in quarum restitutionem pecuniam credidit; & si qui sunt alii, quibus idem privilegium (*l*) tributum est. Opera, & facto alieno pignus constituitur, aut publica auctoritate, aut privata voluntate domini, cui alienatio rei non est interdicta. Publica auctoritate quod constituitur (*m*), prætorium appellemus licet. Ejus duæ species: una ex causa missionis in possessionem, videlicet cum creditor jussu Magistratus mittitur in (*n*) possessionem.

(*a*) §. 2. *Inst. quod cum eo qui in al. pot. tit. ff. de exercit. act.*

(*b*) Sive is dominus navis sit, sive per aversionem conduxerit, *l.* 1. §. *exercitorem*, 15. *ff. d. tit.* §. 2. *Instit. d. tit.*

(*c*) Nec eum tantum, quem exercitor præposuit, sed etiam eum, quem magister. *d. l.* 1. §. *magistrum* 5.

(*d*) *d.* §. 2. *tit. ff. de instit. act.*

(*e*) *d.* §. 2. *l.* 3. 4. 5. *ff. d. tit. de inst. act.* Pactores fere hodie vocant.

(*f*) *d. l.* 1. §. *magistrum. de exerc. l.* 1. *de instit. act.*

(*g*) Ducta differentia ex origine, & proprietate verbi *pignus*, quod a pugno dictum, eam potissimum rem significat, quæ pugno, id est, manu capitur. *l. plebs*, 238. §. 1. *de verb. obl. Hypotheca*, græca vox est, idem valens, quod obligationi, & nexui subjectum; sed generalis hæc significatio coarctata est ad speciem alteram pignori contrariam. *l.* 9. §. 2. *ff. de pign.* §. 7. *Inst. de act.*

† *l.* 1. *in pr. ff. de pign. act.*

(*h*) Quantum ad actionem hypothecariam nihil interest utrum res tradatur, an non. *d.* §. 7. *Inst. de act. l.* 5. §. 1. *ff. hoc tit.*

(*i*) Non solum de qua inter debitorem, & creditorem convenit, ut sit pro debito obligata, sicut, exempli causa, dicitur in *d.* §. 7. sed etiam quæ sine conventione jure ipso.

(*k*) *l.* 5. *in pr. ff. hoc tit.* Hinc jam intelligitur, pignus esse accessionem principalis obligationis, eademque lege, qua fidejussionem, contineri.

(*l*) Vid. *l.* 1. & 2. C. *in quib. caus. pign. tac. l. pro officio*, 20. C. *de adm. tut. l. un.* §. 1. C. *de rei ux. act.* §. *fuerat*, 29. *Inst. de act. l.* 1. C. *commun. de leg. l.* 1. *ff. in quib. ca. pign. tac. cont. l.* 3. *ff. de reb. eor. qui sub tut.*

(*m*) *Arg. d. l.* 3. §. 1. *de reb. eor. qui sub tut. l.* 2. C. *de præt. pign.* Ubi prætorium pignus definitur, quod a Judicibus datur, idest, Magistratibus; invaluerat enim jam multo ante, ut Magistratus, qui jurisdictioni præest, & per synecdochen Prætor in usu juris appellatur, diceretur Judex. *tit. ff. de reb. auct. jud. poss. tit.* C. *de jurisd. omn. jud.*

(*n*) *l.* 1. & 2. C. *de præt. pign. l. non est mirum*, 26. *ff. de pign. act.* quod iterum specie prætorium dici potest.

nem bonorum debitoris, quibus in (*o*) causis id facere concessum est; altera ex causa judicati, cum debitoris condemnati, nec solventis bona jussu Magistratus in exequutione judicati capiuntur, ut distrahantur, & judicatis (*p*) satisfiat. A domino pignus constituitur nuda voluntate, uti quisque voluerit rem suam pignori esse creditori sive suo, sive alieno. Constituitur ita partim ultima voluntate, partim conventione inter vivos. Ultima voluntate, cum is, cujus in bonis res est, jubet testamento, aut qua alia suprema voluntate, ut res pignori sit (*q*) creditori. Conventione res pignori subjicitur, simulatque convenerit, ut res pro debito sit obligata, etiamsi non tradatur (*r*) creditori. Rursus conventione pignus contrahitur dupliciter: expresse, & tacite. Expressa conventio ex verbis intelligitur; tacita juris interpretatione admissa est, atque ob eam pignus receptum in prædiis tum urbanis, tum rusticis locatis, ut in prædium quidem urbanum invecta, & illata tacite obligata sint creditori in causam conductionis; in prædiis autem rusticis (*s*) fructus dumtaxat.

Constituti pignoris hic usus, ut creditori diligentius cautum sit, magisque in tuto sit (*t*) creditum. Cautio hæc duabus in rebus posita, in quibus & jus creditoris agnoscitur. Una, ut creditori pignus tenere, eique incumbere liceat, donec ei satisfiat; unde plus cautionis in re esse dicitur, quam in (*u*) persona. Altera, ut, cessante solvere debitore, jus sit creditori pignus bona fide distrahere, sive de eo distrahendo convenerit, sive non. Quin etiam etsi convenerit, ne distrahere liceat, adhuc tamen distrahere licet, si ter debitori fuerit denunciatum, ut solvat, & (*x*) cessaverit.

At quid si creditor non possideat? Nimirum constituta est ei actio in rem adversus quosvis pignoris possessores pignoris persequendi, obtinendique causa. Actio hæc duplex: Serviana, & quasi, quæ etiam hypothecaria vocatur. Serviana experitur quis de rebus coloni, quæ pignoris jure pro mercedibus fundi locatori tenentur. Quasi Serviana est, quæ competit de rebus omnibus, quacumque ex causa (*y*) obligatis. Actionis exitus hic, ut is, qui convenitur, necesse habeat, aut creditoribus agentibus solvere, aut pignus creditori (*z*) restituere. Inter plures creditores de pignore contendentes, qui † prior est tempore, potior est jure, præterquam si cui, quamvis tempore posteriori, prærogativa tamen juris data (*a*) sit; qua de re peculiares extant tituli tum in Pandect. tum in Cod. Hæc est illa obligatio, quam ex re quidem possessa, tamquam ex causa proxima, nasci dicimus; sed ita, ut possessor nihilominus ex facto debitoris conveniatur, cum non sit pignus, nisi pro debito, eoque soluto, pignus solvatur. Atque hæc nimirum causa est, cur novo jure beneficium ordinis pignorum quoque possessoribus datum sit, ut non ante conveniri possint, quam debito-

(*o*) Vid. *l.* 1. *&* ibi *Gloss.* *ff.* *quib. ex ca. in poss. eat.*

(*p*) Tit. C. *in caus. jud. pig.* constituitur, quod judiciale dici solet. In utraque autem hac specie ita demum pignus constituitur, si creditor pignus occupavit. *d. l. non est mirum*, 26. *de pign. act. d. l.* 1. *&* 2. C. *de prat. pign.* Aliter, sed male, hæc explicat Cujac. quem sequitur Treutl. *disp. de pign. thes.* 3. vid. Don. ad *d. tit.* C.

(*q*) *d. l. non est mirum. de pign. act.*

(*r*) *l.* 1. *d. tit. l.* 4. *hoc tit. l. si tibi*, 17. §. 2. *de pact.*

(*s*) *l.* 2. *&* 4. *l.* 7. *ff. quib. ca. pig. l.* 4. *de pact.* & ibi Cujac. & Duar. DD. tamen vulgo Cyn. Sichard. ad *l.* 5. C. *locat.* & cum iis Treutl. *de pign. thes.* 4. sic distinguunt, ut dicant, in urbanum prædium illata indistincte pignori esse; in rusticum non aliter, quam si illata sint sciente domino. *arg. d. l.* 5. in verbis (voluntate domini) sed nos ea verba sic accipiemus, si dominus locaverit fundum ea lege, ut aliqua in fundum inferrentur; qua conventione id tacite agi intelligitur, ut illata pignori sint, cum alioqui nullam vim habitura sit. Don. *tract. de pign. c.* 4. Bachov. in *not. ad d. th.* 4. sed tamen superior DD. opinio in praxi prævaluit.

(*t*) §. *ult. Inst. quib. mod. re cont. obl.*

(*u*) *l. plus cautionis*, 25. *de reg. jur.*

(*x*) Hæc in *l.* 6. *cum du. ll. seq.* C. *de dist. pign. l.* 4. *ff. de pign. act.* Distractionis vis hæc, ut pignoris venditi dominium transeat in emptorem. *l.* 12. C. *d. tit. l. non est novum*, *ff. de acq. rer. dom.* Quod pignus ex causa judicati capitur, a Magistratu per apparitores distrahitur, ipseque etiam creditor ad licitationem, emptionemque admittitur. *l.* 2. C. *si in caus. jud.* Quod autem occupatum est ex causis, ex quibus in possessionem mittitur, neque statim distrahi potest, neque semper, ut declarabunt singuli tituli, ex quibus missio sit; notantur a Gloss. in *l.* 1. *ff quib. ex ca. in poss. eat.*

(*y*) §. *item Serviana*, 7. *de act.* Est & alia hypothecaria, proprie pigneratitia, ab hac multum discrepans. Vid. *c.* 24. *sup.*

(*z*) *l. si fundus*. §. *in vindicatione*. *ff. h. t.*

† *l.* 2. *&* 3. C. *qui pot. in pign.* Inter chirographarios creditores nulla est temporis prærogativa, in tantum, ut & privilegiarii ejusdem tituli concurrant, licet ceteris præferantur; sed hoc ideo, quia privilegia non ex tempore æstimantur, sed ex causa. *l. privilegia*, 33. *de reb. auct. jud.* (qui quibus ex causis privilegium habeant, disce ex *l.* 16. *& seq. d. tit.*) Hypothecarii omnibus præferuntur. *l.* 6. C. *qui pot.* atque inter hos demum temporis prærogativa servatur. Vid. Don. ad *l.* 2. C. *d. tit.*

(*a*) Uti est, qui pecuniam ita credidit, ut ea efficeret, ut vel res salva esset, vel esset in bonis debitoris, quod & sequutum sit, & res pignori sit obligata. *l.* 5. *& seqq. ff. qui pot. in pign. l.* 7. C. *hoc tit.* ut mulieri in repetitione dotis. *l. ult. Cod. qui pot.* ei, qui instrumento publico utitur contra eum, qui chirographo tantum. *l.* 11. C. *d. tit.* Apud nos quoque constitutum, ut qui specialem hypothecam, licet posteriorem habet, præferatur in ea generalem habenti. *art. Ord. Pol.* 35. Sed & rebus alienatis cessat generalis hypotheca adversus tertium possessorem. Quin nec nuda obligatio rerum immobilium jus hypothecæ inducit; sed necesse est coram Judice aliquo eas pignori obligare; atque ut ad generalem hypothecam constituendam sufficit coram quovis Judice hujus regionis bona sua obligasse, ita ad specialem in rebus immobilibus constituendam is Judex adiri debet, in cujus territorio res sitæ sunt. *d. art.* 35.

bitore principali, accessionibusque omnibus conventis, ac discussis (*b*).

CAPUT LXIII.

Domini ex persona servorum, patres ex persona filiorum quando, & quatenus obligentur: & de hæreditariis actionibus.

SUpersunt nunc ii, qui sola conditione personæ ex persona alterius obligantur. Eorum tria genera: domini ex persona servorum; parentes ex persona liberorum, quos in potestate habent; hæredes ex persona defuncti. Domini ex persona servorum obligantur non tantum ex contractibus, sed etiam ex maleficiis. Ex maleficiis alias tenentur in solidum, alias actione noxali. In solidum duobus casibus: si sciverint, servum delinquere, eumque prohibere (*c*) potuerint; item si servum suum esse negantes in jure jurare (*d*) noluerint. Extra has causas, si quid servi deliquerint, noxales actiones sunt proditæ, quibus domino damnato permittitur aut litis æstimationem sufferre, aut servum (*e*) noxæ dedere. Omnis autem noxalis actio (*f*) caput sequitur; ideoque si is servus, qui noxam nocuit, ad alium pervenerit, novus dominus noxali judicio tenetur. Eo vero manumisso extinguitur noxæ deditio; verum ipse directo ex suo facto convenitur (*g*). Quod si liber homo nocuit, cujus ille in servitutem postea redigitur, is actione noxali teneri incipit. Tenetur autem hac actione etiam is, qui (*h*) dolo fecit, quominus servum in potestate habeat. Nec domini tantum tenentur; sed etiam omnes qui servum pro suo (*i*) possident. Verùm hæc ita, si servus in extraneum quid deliquerit; ob noxam vero in dominum commissam nulla nascitur actio; ideoque neque cum ipso postea manumisso, neque cum eo, in cujus potestatem postea pervenerit, agi potest. Eadem res facit, ut si alienus servus mihi noxam commiserit, isque ante litem a me contestatam meus esse cœperit, continuo extinguatur actio, utpote deducta in eum casum, unde incipere non potest (*k*).

In contractibus hæc distinctio observanda: interest utrum servus jubente domino contrahat, an sciente tantum, an ignorante eo, & invito. Si jussu domini cum servo negotium gestum erit, in solidum adversus dominum actio (*l*) Quod jussu datur. Jussum autem domini accipere debemus sive jusserit, sive mandaverit, aut (*m*) ratum habuerit. Si domino non jubente, sed sciente tantum, servus contraxerit, una species est, ex qua dominus ultra peculii quantitatem interdum tenetur, nempe si servus sciente eo in peculiari merce negotietur, & quid cum eo ejus rei gratia contractum (*n*) erit. Hic enim dominus non ante deducit totum, quod sibi debetur, ut fit, cum de peculio agitur; sed pro rata cum ceteris creditoribus in tributum (*o*) vocatur. Distribuendi autem potestas ipsi domino hac lege permissa, ut si quis ex creditoribus queratur, quasi minus ei tributum sit quam oportet, fit ei actio tributoria adversus dominum, cujus dolo malo id factum est, ut quanto minus distributum est, quam oportet, (*p*) præstare cogatur. Quod si servus, ignorante domino, aut eo invito, quid contraxerit, de eo, quatenus in rem ipsius versum erit, in solidum, de cetero pro ratione, ac quantitate peculii tenetur (*q*) actione de peculio, deque in rem verso; una enim hæc actio est, qua de peculio, deque in rem verso agitur, sed duas habet (*r*) condemnationes. In rem autem domini versum intelligitur quidquid servus aut necessario, aut utiliter in rem ejus (*s*) impendit. Peculium dicitur, quod servus domini permissu separatum a rationibus dominicis habet, deducto inde, quod (*t*) domino, aut iis, qui in ejus potestate, tutela, cura, administratione sunt, debetur. Quamdiu autem servus in potestate est, de

(*b*) Nov. 4. c. 2. *Auth. sed hodie. C. de obl. & act. Auth. hoc si*, & ibi Sichard. *Cod. hoc tit.* Don. ad *l.* 14. *Cod. eod.* Ceterum huic Novellæ apud nos derogatum est, restitutumque jus vetus, *l. ult. Cod. de obl. & act. d. l.* 15. *Cod. hoc tit.* iis, qui specialem hypothecam habent. *art.* 36. *d.* O. P.

(*c*) *l.* 2. *& tr. seqq. de nox. act.* add. Pet. Fab. ad *l. culpa*, 50. *de reg. jur.*

(*d*) *l. quoties. §. 2. d. tit. de nox. act.*

(*e*) Atque hinc actio noxalis dicta. *l. 1. d. tit. eod.* Dictum autem noxæ dedere, pro in noxam, seu noxæ nomine, eadem forma, qua cavere damni infecti; summa autem ratione permissum est noxæ deditione fungi; namque erat iniquum nequitiam servorum ultra ipsorum corpora dominis damnosam esse. §. 2. *Inst. eod.*

(*f*) Idest, auctorem noxæ servum. §. 3. *Inst. eodem.*

(*g*) Detracta noxæ deditione. *l.* 14. *de ob. & act. d. §.* 5.

(*h*) *l. si bona*, 14. *ff. de nox. act.*

(*i*) *d. l.* 14. *& seq. eod.*

(*k*) Hæc in §. *penult. Inst. eod.*

(*l*) §. 1. *Inst. quod cum eo, qui in al. pot.* add. Dom. ad *d. tit.* C.

(*m*) *l.* 1. *& passim. ff. quod jussu.*

(*n*) §. 3. *inst. d. tit. l. 1. & tot. tit. ff. de tribut. act.*

(*o*) *d. l.* 1. *& l.* 5. §. *in tributum*, 6. *d.* §. 3. *Inst. d. tit.*

(*p*) Vel si quam mercedem occultaverit. *l.* 7. §. 2. *l. ult. eod.*

(*q*) §. *præterea. Inst. d. tit.* in *ff.* distincti sunt *tit. de pecul. & de in rem verso.*

(*r*) De in rem verso, in solidum; si non est versum, quatenus in peculio. *d.* §. *præterea. l.* 10. §. 3. *l.* 19. *in fin. de in rem verso.*

(*s*) Quod explicatur pluribus in *d. l.* 10. §. 4. *& seq. & d. §. præterea.*

(*t*) *l.* 5. *ult. de pecul.* dictum quasi pusilla pecunia *d. l.* 5. §. 3.

de peculio actio perpetua est; post mortem autem servi, aut manumissionem incipit esse (u) annalis. Hæc actio, ceteræque superiores honorariæ dantur etiam adversus bonæ fidei possessores, & fructuarios, ex quibus causis ipsis (x) acquiri potest. Porro cui actio quod jussu, vel vel exercitoria, & institoria, aut tributoria competit, potest is quidem simul & de in rem verso & de peculio agere; sed hoc nequaquam (y) expedit, nisi interdum in actione tributoria (z).

Patrum ratio nonnihil diversa. Non enim convenit patres actione noxali ex liberorum delicto teneri, sicut dominos ex maleficiis servorum, cum liber homo (a) noxæ dedi nequeat; sed si quid deliquerint, sciente, nec prohibente patre, poterit in solidum, quasi ex suo delicto, pater conveniri, exemplo scientis, nec prohibentis (b) domini. In contractibus triplex differentia.

Prima est in his quatuor causis, ex quibus placet, patrem (c) teneri, non item dominum: si servus fidejusserit, si liberum se mentitus judicium susceperit, si compromiserit (d) si jusjurandum detulerit. Secunda est, quod his causis exceptis, quidquid servus contraxerit, gesserit, eo nomine dominus de peculio conveniri potest: contra filiusfam. ex ceteris quidem causis omnibus patrem de peculio obligat; at ex una causa, nempe si pecuniam mutuo acceperit, nec pater ejus (d) obligatur, quod effectum est Senatusconsulto Macedoniano, ut diximus suo loco. Tertia differentia est in peculio. Peculium servi simplex est, & unius generis, totum in domini, a quo profectum est, potestate; unde & sine exceptione de peculio tenetur. Peculium vero filiifam. multiplex est, nec unius naturæ. Genera ejus singula (f) alibi distincte sunt exposita. Ex ea autem distinctione intelligere licebit, patrem non de omni peculio recte conveniri, sed de eo tantum, quod vel ipse totum in potestate habet, cujusmodi est profectitium, vel cujus usufructus ei conceditur, qualis fere est conditio adventitii. In ceteris omnibus eadem omnino jura ex negotio gesto cum servis, & filiisfam. servantur. Illud modo in memoriam revocandum, etiam ipsos filiosfam. ex suo facto in solidum tanquam patresfam. obligari, atque ob id directa actione conveniri posse (g).

Tertium genus eorum, qui conditione personæ ex persona alterius tenentur, sunt hæredes; nam hæreditas cum sit successio in universum jus, quod defunctus habuit, facit, ut omnes actiones, quæ defuncto, & adversus defunctum competiverunt, in hæredes transeant; qui locus pluribus a nobis est expositus libro 1. ubi de commodis, & incommodis hæreditatis tractamus. Tantum quod illic omissum est, hic leviter perstringemus. Primum illud generaliter tenendum: omnes omnino (h) actiones semel a defuncto judicio inclusas & ad hæredes, & contra eos transire. Sed etsi quis, lite non contestata, decesserit, nihilominus tamen, quæ actiones defuncto competiverunt, ad hæredem, omnemque juris universi successorem (i) transeunt, excepta (k) injuriarum, & si quæ similes vindictæ gratia comparatæ sunt. De iis autem actionibus, quæ adversus defunctum dabantur, hæc distinctio placuit, ut si rei persequutionem contineant, etiam adversus hæredes dentur, non dentur, si sint (l) pœnales. Dicuntur autem actiones rei persequutionem continere, quibus persequimur quod ex patrimonio nobis abest, quibus amplius (m) pœnam. Res persequutoriæ fere sunt, quæ ex contractibus veniunt, quæ ex maleficiis pœnam fere persequuntur; neutrum autem est perpetuum. Jam illud quidem manifestum est, actiones omnes ex contractibus venientes, licet delictum quoque versetur, si tamen præter rei persequutionem nihil habeant, etiam in hæredes (n) dari. De illo vero ambigitur, an si quæ sint ex maleficio rei persequutoriæ, etiam hæ adversus hæredem den-

---

(u) *l.* 1. §. 1. *& seqq. ff. qua de pec. act. ann.*

(x) Ex reliquis in dominum. *l.* 1. §. *ult. & l.* 2. *ff. de pecul.*

(y) Propter difficultatem probandi in rem domini versum esse, aut habere servum peculium, & tantum habere, ut solidum solvi possit; superioribus autem actionibus facile solidum consequi possumus. §. *ceterum. Inst. d. tit.*

(z) Quia in actione de peculio totius peculii quantitas spectatur, in tributoria id tantum in divisionem venit, quod in mercede peculiari est, in qua servus negotiatur. *d.* §. *ceterum.*

(a) §. *ult. Inst. de nox. act. l. apud antiquos.* 11. *Cod. de furt.*

(b) *l.* 2. *in pr. l.* 3. *de nox. act. argum. l. culpa,* 50. *de reg. jur.*

(c) Si quid horum filius gesserit.

(d) *l.* 3. §. 5. 8. *&* 9. *l.* 5. §. 2. *de pecul.* Ratio est, quia facta hæc ejusmodi sunt, ut personam jure civili desiderent, quam servus non habet. *l.* 32. *de reg. jur.*

(e) Si data sit neque consentiente patre, neque in rem ejus versa. §. *pen. Instit. quod cum eo.* vid. *sup. cap.* 11. *&* 12.

(f) *cap.* 67. *lib.* 1. Ubi simul obiter monuimus, distinctionis illius nullum esse apud nos usum, ac ne peculii quidem jure bona filiifam. censeri; cui consequens est nec actione de peculio, nec tributoria patrem teneri.

(g) *l. filiusfam.* 39. *ff. de obl. & act.*

(h) Etiam pœnales. *l. omnes pœnales,* 26. *l. constitutionibus,* 33. *l. sciendum,* 58. *de obl. & act.* §. 1. *Inst. de perp. & tem. act.* idque in solidum. *l. un. C. ex del. def. in quo hær. conv.* Hoc ideo, quia judicium accipiendo nova contrahitur obligatio judicati. *l.* 3. §. 11. *de pec.*

(i) Nec interest ex contractu sint, an ex maleficio etiam pœnales. *d.* §. 1. *Inst. de perp. & temp. act.*

(k) *d.* §. 1. Similes habes in *l. pen.* §. *ult. ne quis eum, qui in jus voc. & l. pen. de in jus voc.*

(l) *d.* § 1. *d. l.* 34. *de obl. & act.*

(m) *l. in honorariis,* 35. *d. tit.* add. §. *sequens,* 16. *& seqq. Inst. de act.* & ibi Don.

(n) *l.* 11. *l. ex contractibus. d. tit. leg.* 7. §. 1. *depos.*

dentur. Quod magis probandum esse arguunt (o) hæ duæ: conditio furtiva, & actio rerum (p) amotarum. E contra de his, quæ pœnales sunt ex maleficio, sive pœnæ solius, sive partim pœnæ, partim rei persequutionem habeant, certa definitio est, eas in hæredem non dari. Quid autem, si qua sit pœnalis ex contractu? Et hic idem juris esse evincit actio depositi miserabilis, quæ in eum, qui tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causa depositum inficiatur, in duplum constituta est, in hæredem vero ex dolo defuncti in (q) simplum. Ignorandum vero non est, esse quasdam actiones, quæ pœnales habentur, quamvis nihil amplius, quam quod abest, persequantur; ac de his hæc notio tenenda: quotiens actio factum punit, & in dolum concepta est, quamvis proposita sit ei, cui eo facto, quid abest, pœnalis tamen habuerit ob vindictam delicti, quam eo amplius persequitur; ac proinde in hæredem non datur. Talis est actio de dolo, item ea, quæ adversus falsum tutorem datur, & si (r) quæ sunt aliæ de genere eodem. Illud æquissima ratione placuit, turpia lucra etiam hæredibus esse extorquenda; ideoque actiones, quamvis pœnales, eatenus saltem in hæredes dandas esse, quatenus ad eos pervenit, ne ex delicto defuncti (s) lucrum sentiant. Postremo etiam actiones, quæ a defuncto, aut adversus defunctum nunquam cœperunt, ab hæredibus, & contra hæredes incipere possunt, sublata veteri regula contraria (t).

Atque hi sunt, qui ex persona alterius tenentur, neque sunt plures; usque adeo, ut nec uxor (u) pro marito, nec pater pro filio (x) emancipato, aut mater pro filio, nec libertus pro patrono, aut contra, nec servus ejus nomine, quod in servitute (y) gessit, nec debitor pro (z) creditore suo aliis obstringatur. Quod si in his non admittitur, multo id minus in ceteris recipiendum est.

CAPUT LXIV.

De solutionibus, & liberationibus. De interitu, & periculo rei debitæ.

QUæ res obligationem constituant, constituta quid contineant, seu quam vim, & potestatem habeant, satis luculenter pro ratione suscepti operis ostendimus. Unus adhuc locus superest ex tribus illis communibus, quos in omnem partem juris incurrere jam aliquoties diximus, de interitu, ac dissolutione obligationis recte constitutæ; cujus tractatio idcirco a me hactenus dilata est, ut de re omnium obligationum communi in commune præcepta darem. Solvitur obligatio, cum debitor obligatione, & actione, qua prius tenebatur, liberatur. Liberationum genera duo: communis una; altera quarumdam obligationum propria. Communis iterum duplex: aut enim liberatur debitor ipso jure; aut per exceptionem. Ipso jure, cum jure civili penitus tollitur obligatio. Accidit id partim sua sponte, ignorantibus, atque adeo invitis iis, ad quos ea obligatio pertinet; partim eorum facto, & opera. Ignorantibus iis, tribus modis: mutatione status obligationis; rei amissione, & periculo; tempore. Mutatione status, cum obligatio in eum casum recidit, unde initium capere non potest; quod toties accidit, quoties ea, quæ obligationem ab initio constituunt, nondum perfecto negotio in contrarium (a) cesserint. Ex hoc fonte tres species liberationum manarunt; interitus rei debitæ; obligationis confusio; duarum causarum lu-

(o) Quæ ideo in hæredem dari dicuntur, quia rei persequutionem continent. *l. 7. §. ult. de cond. furt. l. 6. §. 4. l. 21. §. pen. de act. rer. amot.* & actio legis Aquil. negatur in hæredem transire, non quia ex delicto est, sed quia pœnalis, transitura, si pœnalis non esset. *§. 9. Inst. de leg. Aq.* Facit quod regula earum actionum, quæ in hæredes non dantur, concepta est de pœnalibus. *d. §. 1. Inst. de perp. & temp. l. 1. de priv. del. l. 111. §. 1. de reg. jur.*

(p) An igitur his actionibus tenebitur hæres in solidum? sic sentio; nam præterquamquod hoc de condictione furtiva expressum est in *l. 9. de cond. furt.* moveor eo, quod nunquam actio in hæredem dari absolute dicitur, cum non datur in solidum; cum autem datur, quatenus ad eum pervenit, aut hoc adjicitur, aut dari simpliciter negatur. *d. §. 1. Inst. de perp. d. §. 9. Inst. de leg. Aq. d. l. 111. de reg. jur. d. l. 1. de priv. del. l. 2. §. ult. vi bon. rapt. l. 35. de obl. & act. l. 9. §. 1. quod fals. tut. & sexcentis aliis locis.* Dicitur sane nonnunquam, actiones ex delicto venientes in hæredes non dari, nisi quatenus ad eos pervenit, nec adjicitur pœnales, ut in *l. un. C. ex del. def.* Sed quid prohibet, istas definitiones ex eo, quod plurimum, & fere semper fit, conceptas, sic accipere, si agatur de eo, quod defunctus deliquit, sive ad pœnam? add. Don. ad d. l. un. Diss. Cujac. eumque sequutus Lyclam. 1. *membr. 18. & lib. bened. passim.*

(q) *l. 1. §. 1. l. 18. ff. depos.*

(r) Vid. *l. 28. de dol. l. 9. §. 1. quod fals. tut. l. 3. si mens. fals. mod. l. 7. §. ult. de tribut. act. l. 1. §. ult. ne vis fiat ei, qui in poss. l. 1. §. ult. de eo, per quem fact. err. l. 7. de al. jud. mut. caus. l. 8. §. ult. de precar.*

(s) *l. 5. de calumn. d. l. un. C. ex del. def. l. 26. §. ult. & l. seq. quod met. ca. l. 26. de dolo.*

(t) *l. un. C. ut act. ab her. & cont. her. inc.*

(u) *Tit. C. ne ux. pro mar.*

(x) *Tit. C. ne fil. pro patre.*

(y) *Tit. C. an serv. pro suo facto,* præterquam si quid promiserit, ut manumitteretur. *d. tit. l. 3.*

(z) Nisi cessis actionibus, aut bonis pignori obligatis. *C. quand. fisc. vel priv. deb. sui deb. conv. poss.*

(a) *l. 11. de servit. §. 2. Inst. de inut. stipul. §. pen. Inst. de nox. act.* Non dico omne negotium etiam jam perfectum hoc modo extingui, quod verum non est. *l. pen. §. ult. de verb. obl. §. 1. & 2. Inst. quib. non est perm. fac. test. l. 8. de his, qui sui, vel al. jur.* eoque pertinet *regul. jur. 85. §. 1.* sed definitio ad negotia nondum plane perfecta pertinet; certe admissa est in obligationibus contractis. Vid. Don. ad *l. pen. §. ult.*

lucrativarum in eamdem personam conspiratio, & concursus. Primum, rei debitæ interitu, qui sine facto debitoris contigit, omnis obligatio (*b*) extinguitur, ita ut nec æstimationem præstare cogatur. Interire res intelligitur non solum cum in rerum natura esse desinit; verum etiam cum eximitur (*c*) commercio; ac utroque modo re sublata, debitor liberatur. Non cujusvis autem rei interitus continuo liberationem adfert debitori, sed rei debitæ dumtaxat; proinde si non certa aliqua res in obligationem deducta sit, sed incerta, quæ perire non potest, puta genus, aut speciei datæ æstimatio, hic nullo interitu rerum suarum debitor liberabitur, etiamsi fortunis omnibus (*d*) exuatur. Ex contrario ipsa re, quæ debebatur, sublata, quamvis res cæteræ debitori salvæ sint, ita hoc interitu liberatur, ut nulla jam sit amplius eo nomine obligatio, aut (*e*) æstimationis petitio, ac ne partis quidem, quæ ex re perempta (*f*) supersit.

Cæterum quæcumque hic liberatio est, ea hanc conditionem habet, si non factum aliquod debitoris obstet; cujus generis facta sunt hæc tria: culpa debitoris; mora; conventio de periculo, & casu præstando. In primis factum, & culpa debitoris, quam nunc docendi gratia a mora distinguimus, impedit liberationem; ut si animal promissum occiderit, rem sustulerit vel ignorans debitam (*g*) esse, & recte; factum enim cuique suum, non alteri nocere debet. Sed etsi non ipse debitor sustulit, modo facto suo interitui causam dederit, placet perpetuari (*h*) obligationem. Plane si nullum factum debitoris intervenerit, sed ob negligentiam ejus, forte quod animal ægrotum non (*i*) curaverit, mors sequuta sit, in strictis judiciis liberatur. Secus est in contractibus bonæ fidei, & quæ iis plerumque comparantur, legatis, & fideicommissis, in quibus re perempta, aut amissa, quid ad liberationem debitori prosit, aut obsit, dicetur paulo inferius.

Mora quoque obligationem perpetuat. Id autem habet hanc sententiam: Si res debita postea perierit, quam per debitorem stetisset, quominus eam daret, ipsius id detrimentum (*k*) esse. Mora jure communi non ex re fit, sed ex (*l*) persona: non enim omnis debiti dilatio, sed injusta dilatio (*m*) mora in usu juris appellatur. Eam tria hæc inducunt: interpellatio creditoris contempta; dies solvendi obligationi adjectus transmissus: malitiosa alienæ rei occupatio, detentiove. Interpellatus debitor a creditore, idque serio, sive in judicio, sive (*n*) extra judicium, si non solvit, moram facit; ac proinde si res postea perierit, ejus detrimentum est, nisi ex justa aliqua causa solutionem (*o*) recuset. Justæ causæ recusandi sunt quatuor: Prima est, si interpellatus (*p*) exceptionem habeat, aut si non ita debet, ut ab eo petatur; puta si loco minus opportuno, aut ante diem (*q*) petatur. Secunda est, si debitor nesciat se debere, & justam (*r*) causam habeat, propter quam non intelligat, se dare oportere. Tertia, si cum ab eo peteretur, res in ejus potestate non esset, nec dolo (*f*) malo fecit, quominus esset. Quarta si ad solutionem aut testes, aut fidejussores suos adhibere (*t*) voluit.

Dies obligationi adjectus satis pro creditore (*u*) interpellat; neque hic aut ignorantia, aut inopia præstationis moram (*x*) excusat; gemina

(*b*) *l. si ex legati*, 23. *de verb. obl. l. 5. si cert. pet.* ratio in *l. impossibilium*, 185. *de reg. jur.*

(*c*) *d. l.* 23. *l.* 83. §. 5. *de verb. obl.* §. 2. *Inst. de inut. stip.* Quid si res in pristinum statum fuerit restituta? Ne sic quidem redintegratur obligatio. *d. l.* 11.

(*d*) Semper enim verum manet, non periisse rem, quæ debebatur. *l. incendium*, 9. ubi Don. C. *si cert. pet. l.* 30. §. 5. *ff. ad l. Falc. l.* 5. §. 3. *comm. l.* 9. *de jur. dot. l.* 5. C. *eod.* In duabus rebus disjunctim promissis sic jus est, ut una perempta, quæ superest sola debeatur. *l. Stichus*, 95. *in pr. de solut.* nisi perempta prius oblata sit creditori, isque eam accipere recusarit. *l. stipulatus*, 105. *de verb. obl.* sed & pretium rei peremptæ offerendo placet debitorem liberari. *l.* 47. §. 3. *de l.* 1.

(*e*) Ut quæ in obligationem deducta non est. *d. l.* 47. §. *ult. d. l.* 30. §. 5. *ad l. Falc.*

(*f*) Puta ex bove mortuo neque corium neque caro debetur. *l. mortuo bove*, 49. *de l.* 2. Aliud est in condictione furtiva; tum quia fur in perpetua mora est, tum quia ea condictio datur soli domino. *l.* 14. §. 1. *de cond. furt.* Aliud item si præter rem, quæ periit, etiam alia debeatur, ut in specie *l. ult. de cond. caus. dat.*

(*g*) *l.* 5. *si cert. pet. l.* 23. *l.* 83. §. 5. *l. si servum*. 91. *in pr. & deinceps de verb. obl. l. factum*, 155. *de reg. jur.*

(*h*) *dict. l.* 91. §. 1. *l. quid ergo*, 53. §. *pen. de leg.* 1.

(*i*) *d. l.* 91. *in pr.* ubi vid. quæ fuse disserit Don.

(*k*) Cum post moram perinde perpetuo teneatur, ac si res adhuc extaret. *l. nemo*, 82. §. 1. *de verb. obl. d. l.* 5. *si cert. petat. l.* 23. *de verb. obl.*

(*l*) *l. mora*, 32. *in pr. de usur.* Idest, non fit ex solo tempore tardæ solutionis, sed si qua culpa est in persona differentis. *l.* 3. C. *in qu. caus. in int.*

(*m*) *l. sciendum*, 21. *de usur.* Nonnumquam tamen, qui cessant, & solutionem quamvis licite differunt, moram facere dicuntur. *l. si pupillus*, 127. *de verb. obl. l.* 11. §. *item si*, 8. *ad l. Falcid.* sed verbo tantum, non etiam effectu juris.

(*n*) Nihil enim amplius exigitur, quam ut debitor interpelletur. *d. l.* 23. *d. l. mora*. Sic veteres in re simili colligunt. *l.* 9. §. *quod. met. caus. leg.* 20. §. *petitam. vers. a quo, de hered. pet.* & id ipsum satis indicat *d. l. mora.* §. 1. & *l. decem*, 48. *de verb. obl.*

(*o*) *l. sciendum*, 21. *l. si quis testes*, 24. *de usur.*

(*p*) *l. lecta*, 40. *si cert. pet.* aut nonnisi naturaliter debeat. *l. si pupillus*, 127. *de verb. oblig.*

(*q*) *d. l. mora. l. cum filiusfamil.* 49. *de verb. obl.* Et generaliter nulla mora ibi fieri intelligitur, ubi nulla petitio est. *l. nulla*, 88. *de reg. jur.*

(*r*) *l.* 5. *si cert. pet.* Veluti si petatur ab herede, quod defunctus debuit. *l.* 42. *de reg. jur.*

(*f*) *d. l.* 5. *si cert. pet.*

(*t*) *d. l. sciendum. de usur.*

(*u*) *l.* 12. C. *de cont. stip. l.* 4. §. *ult. de leg. comm. l. qui sine*, 38. *de neg. gest.*

(*x*) *Arg. l. ad diem*, 77. *de verb. obl.* atque hæc communis est DD. sententia, quam sequitur Don. ad *d.* 77. & Sichard. ad *d. l.* 12.

geminus solum hic defensus, si debitor exceptione tutus sit; item si paratus suo die solvere, testes, aut fidejussores ejus obligationis adhibere desideret. Postremo debitorem in mora constituit alienæ rei occupatio, cum maleficio conjuncta; qualis est in fure, raptore, dejectore, malæ fidei possessoribus, quos jam ab initio delicti plusquam frustratores esse (*y*) constat. Jure autem singulari receptum est, alias favore personæ, alias favore ipsius rei; ut ex ipso tempore tardæ solutionis, sive ex re mora committatur. Favore personarum, in (*a*) minorum creditis; favore rei, in (*b*) fideicommissariis libertatibus. Postremo, si nemo sit, qui interpelletur, idque ipsum creditor testatione complexus fuerit, æquissimum visum est in rem moram (*c*) fieri. Verum enimvero quæ mora ab initio facto est, potest aut voluntate creditoris, aut ipsius facto debitoris finiri. Voluntate creditoris, omissa petendi (*d*) instantia. Omittitur instantia aut voluntate aperta, aut tacita; cum creditor (*e*) novationis causa rem a debitore stipulatur. Opera debitoris mora purgatur, si is postea debitum creditori offerat; & creditor sine justa causa (*f*) accipere recuset. Purgationis hæc vis est, ut futuri temporis periculo liberetur debitor, ac deinceps res pereat (*g*) creditori. Oblatio hoc amplius habet, ut si forte ex aliquo contractu culpa præstanda sit, post oblationem (*h*) dolus solus præstetur. Quod si debitor post purgationem moræ iterum interpellatus non solvat, rursum moram facere incipit, quæ ipsi soli, non creditori noceat (*i*). Moræ autem factæ duplex incommodum. Unum cernitur in fructibus, & usuris rei debitæ, quæ ex moræ in bonæ fidei judiciis præstanda esse supra diximus. Alterum in rei debitæ periculo, ut si ea postea vel casu perierit, nihilo magis debitor liberetur, quam si res adhuc (*k*) extaret; utique si non eodem fato apud creditorem (*l*) peritura fuisset. Cogetur igitur pro re, quæ perempta præstari non potest, æstimationem ejus dare (*m*).

Quod efficit factum, sive culpa, & mora debitoris, idem multo magis conventio facit de periculo præstando ex continenti interposita; nam ex conventione in negotio gerendo interposita (*n*) legem contractus accipiunt. Ex intervallo si quid placuit, nuda pactio est, quæ jure civili actionem non parit; ideoque stipulatione tum (*o*) est opus. Quæ de totali rei interitu diximus, eadem prope omnia intelligenda sunt & de re deteriore (*p*) facta; videlicet ut debitor rem, quamvis deteriorem præstando liberetur, extra quam si quid eorum, quæ supra diximus (*q*), præcesserit; sin contra, tenebitur, ut præstet, quanti res deterior facta (*r*) depretiata est. Cujus autem temporis æstimationem inire oporteat, ubi res judicio petitur, superius a me relatum est. Illud hujus partis proprium est, quod debitor, qui re deteriore facta tenebatur, ea scienti creditori, & sponte accipienti soluta penitus (*s*) liberetur. At si ignorans ignoranti solvit, si quidem judicium bonæ fidei est, remanent veteres actiones; sin obligatio descendat ex contractu stricti juris, debitor (*t*) liberatur. Quod si dolum in solvendo admisit, tollitur quidem ipso jure obligatio, sed nova actio de dolo eo nomine datur (*u*).

(*y*) *l.* 8. §. 1. *l. ult. de cond. furt. l.* 1. §. *rectissime unde vi. l. pen. eod.*

(*a*) *l.* 3. *C. in qu. ca. in int. l.* 1. §. *ult. de usur.*

(*b*) *l. cum vero*, 26. §. 4. *de usur. l.* 2. *de naut. fœn.*

(*c*) *l. sed etsi*, 23. §. 1. *de usur. l.* 2. *de naut. fœn.*

(*d*) *d. l. mora*. §. 1. *de usur.*

(*e*) Sive effectum habeat novatio, sive non: *l.* 17. *de cond. furt. l.* 29. §. *ult. de verb. oblig.*

(*f*) *l. interdum*, 73. §. *ult. l. si servum*, 91. §. 3. *de verb. obl. l. qui decem*, 72. *de sol.*

(*g*) *dd. ll.* Minime vero efficit, ut debitor liberetur præstatione pœnæ, cujus actio semel quæsita est creditori. *l.* 23. *de obl. & act. l.* 23. *de rec. arb.* aut ut purgetur mora offerendo post litem contestatam. *l.* 84. *de verb. obl.*

(*h*) Exemp. in *l.* 17. *de per. & comm. rei vend. l.* 9. *solut. matr.*

(*i*) Nam posterior semper mora nocet. *d. l.* 17. & unicuique sua. *l. in condemnatione*, 172. §. *ult. de reg. jur.*

(*k*) *l.* 23. *l. nemo*, 82. §. *ult. de verb. obl. l.* 47. §. *ult. de leg.* 1. *l.* 13. §. *ult. de rei vindic.*

(*l*) Alias secus; finge post moram statim periisse. *l.* 14. §. 1, *depos.* Totum enim hæc sententia hac ratione defenditur, quod actor rem, si accepisset, vendere potuisset, & pretium lucrari. *d. l.* 47. §. *ult. d. l.* 15. §. *ult.* ita Don. a quo non longe recedit Bach. in *not. ad Treutl. disp. de rei vind. th.* 7.

(*m*) *l.* 8. *in pr. de cond. furt.* & tamen res ipsa adhuc peti dicitur in *l.* 91. §. *ult. de verb. obl.* propter æstimationem videlicet.

(*n*) *l.* 23. *de reg. jur. l.* 6. *C. de pign. act. l.* 1. *C. commod. l.* 1. *C. depos. l.* 30. *l.* 13. *C. de pact. l.* 7. §. 5. *ff. eod.*

(*o*) *d. l.* 7. §. 5. *junct.* §. *de constituta*, 9. *de Inst. act.* Sane si conventione id agatur, ut debitor minus præstet, quam per naturam contractus præstare debet, puta ne præstet culpam, conventio rata est, utpote quæ pertineat non ad obligandum, sed ad liberandum. *d. l.* 13. *d. l.* 7. §. 4. Don. ad *l. C. de pign.*

(*p*) *Arg. l.* 76. *de rei vind.* Nam deterioratio interitus pars quædam est.

(*q*) *l. qui sibi*, 33. §. 1. *de solut. l. hujusmodi*, 84. §. 4. *de leg.* 1.

(*r*) Æstimatione ad tempus moræ reducenda. *l.* 3. *ff. de cond. tritic.*

(*s*) Nam etsi aliud pro alio volenti solvisset, liberatur. *l.* 12. *C. de solut.*

(*t*) Nam si naturam, & substantiam rei spectamus, eadem res, quæ debebatur, etsi deterior, soluta est; sin utilitatem, cujus ratio in bonæ fidei judiciis habetur. §. 30. *Inst. de act.* non videtur eadem, quæ deterior facta est. *l.* 3. §. 1. *commod. l.* 16. *depos.*

(*u*) *l.* 7. §. 3. *de dol.* add. Don. ad *l.* 3. *de con. trit. n.* 27.

CAPUT LXV.

De confusione obligationis itemque de concursu duarum caussarum lucrativarum.

AC rei quidem debitæ interitu ita tollitur obligatio. Altera ejusdem generis species est obligationis confusio, qua & ipsa res in eum casum recidit, a quo consistere a principio (x) non potest. Confunditur obligatio, cum ad unam, eamdemque personam & jus creditoris, & debitoris jure hæreditario (y) devenit. Species confusionis duæ. Una est, cum creditor debitori, aut hic illi successit. Effectus hic, ut si unus tantum sit debitor, pro solutione (z) cedat; si plures unius rei, & uni tantum creditor hæres extiterit, persona quidem debitoris, cui successit, obligatione eximatur, accessionesque liberentur; alii autem ejusdem pecuniæ † debitores, eorumque fidejussores non item. Quod si ex duobus ejusdem rei debitoribus unus sit reus principalis, alter fidejussor, interest utrum debitori creditor succedat, an fidejussori: priore casu, sublata obligatione principali, tollitur etiam accessoria fidejussoris; posteriore vero, quamvis fidejussor obligatione eximitur, debitor tamen nihilominus obligatus (a) manet.

Altera species confusionis est, cum debitor fidejussor succedit, aut contra. Hic enim manente obligatione principali tollitur (b) fidejussoria; sed hoc toties verum est, quoties debitoris obligatio æque plena est, atque fidejussoris (c); alioqui & fidejussoriam manere placuit. Fidejussor suis exceptionibus excidit, debitoris autem si quæ fuerunt, eas hæres factus (d) retinet. Illud quæsitum est, si duo sint rei ejusdem pecuniæ, quorum alter alteri successerit, an hic quoque confundatur obligatio? Et placuit quotiescumque principalis obligatio principali accedit, easdem obligationes (e) manere.

Ceterum tria hic monendi sumus. Primum generaliter in superiore confusione tenendum, non ulterius tolli obligationem, quam confusa obligatio (f) fuerit. Secundo actiones confusas hodie integras servari, cum sub beneficio inventarii (g) aditur hæreditas. Tertio actiones confusas in ratione legis Falcidiæ reputari.

Tertia species ejusdem generis est duarum caussarum lucrativarum in eamdem rem, & personam (h) concursio. De quo genere liberationis ita traditum (i) est: Omnes debitores, qui speciem ex caussa lucrativa debent, liberantur, cum ea species ex caussa lucrativa ad creditores pervenit. Hic, ut res dilucidior fiat, quædam spectabimus in creditore, quædam item in debitore. In creditore exiguntur hæc tria: ut certa species ei debeatur; ut ea deinde ad eum perveniat; ut perveniat ex caussa lucrativa. Primo exigitur, ut sit certa res, aut species, quæ debeatur; nam si certa quantitas, aut summa, puta centum, duorum testamentis relicta sit, non potest dici, eamdem rem deberi; ideoque a singulis hæredibus solida centum (k) præstanda sunt. Secundo exigit superior definitio, ut ea species ad creditorem pervenerit; quæ verba cum effectu accipienda sunt, si sic pervenerit, ut sit mansura; alioqui si in ea caussa sit, ut avocari possit, aut ea lege legata, ut alteri restituatur, definitio non (l) habet locum. Tertio exigit eadem definitio, ut species debita pervenerit ad creditorem ex caussa lucrativa. Lucrativa caussa est, cum pro re, quam accipimus, nihil vicissim præstare cogimur; qualis (m) est donatio, legatum. At si quis rem nactus sit ex caussa onerosa, non prohibetur idem eamdem rem, quam habere cœpit, ex alia caussa, quamvis lucrativa, sibi ab alio debitam (n) petere. Caussa onerosa est, ex qua rem ita accipimus, ut pro ea ali-

(x) Nam quæ jura, & nomina prius distincta erant, confusione ita permiscentur, ut unus, atque idem fiat debitor, & creditor; quomodo ab initio obligatio constitui non potest.

(y) *l. sicut*, 76. *l. si duo*, 93. *l. Sticum*, 95. §. 2. *l. pen. in fin. de solut. l.* 7. *C. de pact. l. Granius*, 71. *de fidejuss.*

(z) Ac proinde etiam accessiones liberentur. *d. l. Granius*. Et creditor, qui successit, totum, quod sibi debebatur, vel natura tantum, percipiat, etiam tunc cum jussus est hæreditatem restituere. *d. l. Stichum*. §. 2.

† Si socii fuerunt, pro parte obligati manent; si non fuerunt socii, in solidum; si tamen is, qui superest, mandatu correi sui, cui successum est, intercesserit, poterit creditorem hæredem exceptione doli repellere. *d. l. Granius*.

(a) *dict. l. Granius. l. in omnibus speciebus*, 43. *de solut.*

(b) *d. l. si duo. in fin. d. l. Stichum*. §. 3. Nimirum quia nemo ab initio & debitor esse potest, & pro se apud eumdem fidejubere. *d. l. Granius*.

(c) Puta si obligatio, cui fidejussor accessit, sit naturalis tantum. *d. l. Stichum*. §. 3. *l. heres*. 21. §. 2. *de fidejuss.*

(d) *d. l. Stichum*. §. 2. *& deinceps*.

(e) *d. l. si duo. in pr.* Quippe hic non recidit obligatio in eum casum &c. cum nihil impediat, quominus unus, & idem rem eamdem & ex sua, & ex alterius persona debeant, eodemque modo ei debentur.

(f) *l.* 1. *& pen. C. de her. act.*

(g) *l. ult.* §. 4. *C. de jur. del.* quod sequitur est in *l.* 6. *&* 8. *C. ad l. Flac.* add. Brisson. 2. *de solut. tit. de confusione.*

(h) Nam & hoc modo obligatio redit in eum casum, unde incipere non potuit. *arg.* §. *sic itaque. Inst. de act.* §. *sed si rem. Inst. de leg.* §. 2 *Inst. de inut. stip.*

(i) *l. omnes debitores*, 17. *de obl. & act.* congruit. §. 6. *Inst. de leg. l. in perpetuum*, 61. *de solut.*

(k) *l. plane*, 34. §. 3. *de leg.* 1. *l. Titia*, 87. *in pr. de leg.* 2.

(l) *l. non quocumque*, 82. *de leg.* 1. *d. l. in perpetuum*, *de sol. arg. l. aliud est capere*, 71. *de verbr sign.*

(m) *l. un* §. *lucrativa*. *C. de impon. lucrat. descr. ib.* 10.

(n) *d. l. in perpetuum*. *d. l. non quocumque*. §. 2. *& deinc.*

aliquid (o) vicissim præstemus, quod accidit in venditionibus, & aliis id genus commerciis. Cur vero tam varie? quia quod ex causa onerosa nactus sum, id ex veterum definitione adhuc mihi abesse videtur propter pretium, quod mihi (p) abest. Secus est, si quid ad me ex causa lucrativa pervenit. In debitore superior definitio exigit, ut is eamdem speciem debeat, & debeat ex causa item lucrativa (q).

CAPUT LXVI.

De rei debitæ amissione, quæ salvo rei corpore contingit. Item de dolo, culpa, & casibus fortuitis.

Ex tribus modis, quibus diximus etiam invito creditore obligationem finiri, primus scilicet expositus est, cum mutuatur status ipsius obligationis, quo fiat, ut res in eum casum recidat, a quo consistere a principio non potest. Transeamus igitur ad secundum, quo finitur obligatio amissione rei debitæ, salvo manente rei corpore; quod contingit furto, rapina, aut qua alia simili ratione. Genus liberationis effectu juris parum distans ab interitu.

Re, quæ debebatur, deperdita, multum interest, utrum dolo, aut culpa debitoris id factum sit, an casu fortuito. De dolo, & casu facilis perceptio est. Dolum omnes contractus recipiunt, sive, quod idem valet, in omni contractu dolus (r) præstatur. Hujus vero definitionis hæc sententia est: Quidquid quovis in contractu dolo malo factum est a debitore, quo res periret, aut deperderetur, detrimentum ejus esse, perindeque eum teneri, ac si nihil eorum accidisset. Adeo autem in omni judicio dolus præstatur, ut nec ulla conventione contrarium effici possit, videlicet ne dolus futurus (s) præstetur; utpote quæ turpis sit, & abhorrens a bonis moribus.

Contra casus fortuiti nullo omnino judicio, & a nullo (t) præstantur. Casum fortuitum definimus omne, quod humano captu prævideri non potest, nec cui prævisо potest (u) resisti. Ceterum regula ista tamdiu vera est, quamdiu aut culpa, aut mora, aut conventio debitoris de casu præstando non est impedimento, & si quidem mora, aut conventio casum præcesserit, idem hic per omnia (x) observatur, quod in re perempta; si culpa, refert, quo ex contractu quis conveniatur; ut si conveniatur ex contractu, in quo culpa præstanda est, nihilominus teneatur; secus, si contractus culpam non recipiat. Proinde omnis quæstio huc redit, ut norimus, qui contractus culpam, & quam recipiant. Atque hic est ille locus bonæ fidei judiciorum maxime proprius, quem paulo ante recepi me explicaturum.

Culpa in re debita est omne factum inconsultum, quod damno causam dedit injuria. Facti nomine etiam quod omissum, neglectumve est, comprehendimus. Notum autem est, duo esse genera culpæ subjectis suis distincta, quorum unum in faciendo, alterum in non faciendo (y) versatur; quod genus desidia, & negligentia fere dicitur. Addimus inconsultum, ut hoc factum distinguamus tum a dolo, tum a casu fortuito. A dolo, quia dolus non est sine consilio, & proposito nocendi, culpa est ἀπροαίρετος. A casu fortuito, quia culpa diligenti consilio caveri potest; damna autem fatalia nec consilio se regi patiuntur, nec infirmitate humana arceri possunt. Addimus amplius injuria; nam quod jure permittente fit, non (z) magis delictum est, quam id factum, quod alii non nocet. Species culpæ (a) duæ sunt (b) lata, & levis. Lata duobus ex rebus æstimatur, quæ definitionem ejus

(o) Talis quoque est causa dotis. *l. ex promissione*, 19. *de obl. & act.*

(p) *l. Labeo, & Sabinus*, 14. *de verb. sign.*

(q) *d.* §. 6. *Inst. de leg.* Hinc si ex duobus testamentis eadem res eidem debeatur, & is ab uno hærede æstimationem consequutus sit, non prohibetur rem ipsam ab altero herede petere; contra rem adeptus æstimationem petere non potest. *d.* §. 6. nam rem qui habet, is & æstimationem habere intelligitur; qui æstimationem, ipsam rem habere non videtur; perspicuum enim est, non rem æstimatione, sed æstimationem re contineri. Ex hac distinctione intelligi debet locus Ulpiani in *l. plane*, 34. §. 2. *de leg.* 1.

(r) *l. contractus*, 23. *de reg. jur. l.* 5. §. 2. *commod. l.* 13. §. *ult. de pign. act. & aliis locis.*

(s) *d. l.* 23. *l.* 1. §. *illud*, 7. *de pec. l. si unus*, 27. §. 4. *de Pact.* Nec obstat §. 2. *d. l.* 27. Vid. Don. ad *l.* 6. C. *de pact.* De dolo autem præterito pacisci licet, & actionem quæsitam remittere. *l.* 7. §. *si paciscar*, 14. *de pact.*

(t) *d. l.* 23. *l.* 6. C. *de pign. act.* in qua *l.* verba (in nullo bonæ fidei judicio) non adjecta sunt ad excludenda judicia stricti juris. *arg. l.* 23. *de verb. obl. l.* 5. *si cert. pet.* sed addita propter eos contractus, in quibus solius debitoris utilitas versatur. Jam si in his non præstatur casus, multo minus præstari debet in contractibus, in quibus solius creditoris versatur utilitas.

(u) *d. l.* 6. *l. in rebus*, 18. *ff. commod.* dicitur & vis major. *l.* 13. *in fin. de pign. act. l.* 25. §. *vis major. locat.* Interdum factum, & damnum fatale; cujus quinque species facit Hot. 4. *obs.* 16. Divinum, naturale, humanum, bestiale, fluviale; non sunt autem in hoc numero furta, quæ diligenti custodia vitari possunt. *leg. cum duobus*, 52. §. 3. pro hoc recipiunt fere domestica.

(x) *d. l.* 13. *de reg. jur. d. l.* 6. C. *de pign. act. l.* 17. *de per. & comm. rei vind. l.* 1. C. *commod. l.* 1. C. *depos.*

(y) *l. si servum*, 16. *in pr. de verb. obl. l. socius*, 72. *ff. pro soc.* §. *ult. Instit. de soc. l. magna*, 116. *de verb. sign.*

(z) *l. Gracchus*. C. *ad leg. Jul. de adult.*

(a) Adjunctis ita distinctæ, nec plures sunt a veteribus traditæ, & distinctæ a dolo. *l.* 22. §. 3. *ad Trebell. l.* 20. C. *de neg. gest. l.* 7. C. *arb. tut.* Sunt qui species culpæ nullas, gradus autem tres constituunt, ex triplici gradu diligentiæ, summæ, mediæ, infimæ. Pet. Greg. 21. *Synt.* 11. *n.* 3.

(b) Quæ & magna dicitur. *l. magna*, 226. *de verb. sign.* & latior. *l. quod Nerva. depos.* & per periphrasin dolo proxima. *l.* 8. §. 3. *de prec.*

ejus consistent; aut ex hominum captu communi, si quis obtendat ignorantiam rei, quam omnes homines communi sensu prædití intelligunt; aut ex captu privato ejus, de cujus culpa quæritur, si non eamdem diligentiam rebus alienis fidei suæ commissis adhibeat; quam suis ipse rebus adhibere (c) solet. Levis culpa dicitur, cum quis peccans (d) consueta in suis rebus negligentia, non præstat in rebus debitis ea omnia, quæ in suis rebus præstare solet diligens, & frugi (e) paterfamilias. Lata culpa dolo proxima est, & effectu juris dolus; & ideo in contractibus omnibus perinde ut dolus præstatur, etiam iis, qui dolum tantum recipere (f) dicuntur. Hinc item fit, ut quoties culpæ verbum absolute ponitur, toties in usu juris significetur (g) levis dumtaxat, utpote quæ tantum sit culpa, pro dolo numquam habeatur. Sive autem lata culpa sit in faciendo, sive in negligendo, semper dolum juris interpretatione repræsentat.

At levis culpa, quæ in faciendo est, effectu juris distat ab ea, quæ est in non faciendo, quam desidiam, & negligentiam veteres usitate appellant: & diligentiæ plerumque opponunt; sic enim loquuntur, cum utramque illam culpam levem præstari significare volunt, ut dicant & culpam venire, & (h) diligentiam, seu custodiam, culpæ nomine intelligentes eam, quæ est in faciendo; sub præstatione autem diligentiæ culpam huic officio contrariam, nempe quæ fit in negligendo. Hinc de levi culpa major difficultas; nam nec omnes contractus eam recipiunt, nec omnem, nec uno modo. De eo autem hæc juris summa est. Quidam contractus dolum tantum recipiunt, levem culpam non admittunt, & hoc alias jure communi, alias jure proprio; quidam recipiunt levem dumtaxat, quæ in faciendo consistit, non etiam quæ est in negligendo; quidam denique utramque. Jure (i) communi dolum tantum recipiunt; in quibus solius dantis commodum versatur, nullum accipientis; cujus generis est depositum, quod solius deponentis (k) gratia suscipi constat. Iniquum autem fit cuiquam officium suum, quod ejus, cum quo contraxit, non sui commodi causa suscepit, damnosum esse. Ejusdem generis est & commodatum interdum, nempe si proponas, eum, qui commodat, sua dumtaxat causa commodare, sponsæ forte, vel uxori, quo (l) honestius ad se deducatur. Enimvero tamdiu in hac communi regula manebimus, quamdiu nulla justa causa superiorem æquitatem mutet. Possunt enim intervenire justæ causæ, ob quas placeat, etiam officii debitorem culpam præstare; cujusmodi sunt hæ tres: si ab initio convenerit, ut etiam in hoc genere culpa præstaretur; si quis ultro officio se obtulerit; si officium sit publici muneris. Hinc placuit, quatuor contractus, quamvis gratuiti officii, etiam levem culpam recipere, depositum duplici de causa, si id ab initio nominatim (m) convenerit, similiter ut in ceteris contractibus; item si depositarius non rogatus ultro se deposito obtulerit. Hoc enim qui fecit, periculo depositi se videtur (n) illigare. Is quoque, qui negotia aliena gerenda suscepit, præter dolum, & (o) culpam præstare debet; & hoc fortiore ratione defenditur, quam illud superius; nam qui absentis, nec consentientis negotiis sese immiscet, hoc ipso in culpa est, nisi ea recte per omnia (p) administret. Mandati eadem fere ratio; ut enim, qui mandat, diligentiam ad gerendum exigit, ita qui suscipit mandatum, hoc ipso industriam, & diligentiam ad rem exequendum necessariam in se futuram recipere (q) videtur.

Eædem præstationes culpæ receptæ in tutela, & (r) cura; quod ratio muneris publici ad defensionem miseræ ætatis constituti suasit. Jure singulari dolum tantum recipiunt contractus duo: opera agrimensoris; precarium. Visum est enim satis, abundeque coerceri mensorem, si dolus malus solus conveniatur ejus hominis, qui civiliter obligatus non

(c) l. lata, 223. de verb. sign. junct. d. l. quod Nerva, & d. l. 22. §. 3. ad Trebell. add. Don. ad l. 1. C. depos. n. 14.

(d) Nam si in suis rebus diligens, in alienis negligens, lata culpa peccat. d. l. quod Nerva.

(e) Arg. l. 13. §. ult. & l. seqq. de pign. act. dict. l. quod Nerva. & d. l. 22. §. 3. Si quod a diligente provideri poterit, non est provisum. l. si putator. ad l. Aquil. neque ab hac specie differt, quæ dicitur levissima. l. in lege 44. d. tit. quamvis negari non potest, culpam levem non semper æqualem esse, sicuti nec latam. Charond. 3. verisim. 9.

(f) d. l. quod Nerva. l. 1. §. 1. si mens. fals. mod. l. 8. §. 3. de prec. l. 1. §. 5. de obl. & act. Recte tamen vulgo traditur, hanc interpretationem in delictis cessare, per l. 7. ad leg. Corn. Gail. 2. obs. 110. n. 2.

(g) Non verbi proprietate, sed interpretatione juris. l. 23. de reg. jur. l. 5. §. 2. comm. §. 6. Inst. de satisd. tut. §. 2. Inst. quib. mod. re cont. obl.

(h) l. 13. §. ult. de pign. act. d. l. 23. de reg. jur. d. l. 5. §. 2. in fin. commod.

(i) Ex ratione videlicet æquitatis ad omnes contractus communiter attinente; nempe nemini officium suum debere esse damnosum. l. si servus, 61. §. 9. de furt.

(k) d. l. 5. §. 3. Inst. quib. mod. re cont. obl. l. 1. §. ult. depos. At cum dolo etiam latam culpam recipit. l. 1. C. depos.

(l) d. l. 5. §. interdum, 10. comm.

(m) l. 1. §. 6. depos. l. 23. de reg. jur.

(n) d. l. 1. §. sæpe evenit, 35.

(o) l. si negotia, 11. de neg. gest. §. 1. in fin. Inst. de obl. quæ quasi ex cont.

(p) l. culpa, 36. de reg. jur. junct. l. in commodato 17. §. 3. in fin. commod. Vid. cap. 51. sup.

(q) Proinde non solum de dolo, sed etiam ob culpam mandatarius tenetur. d. l. 23. de reg. jur. l. 13. & l. in re mandata, 21. C. mand.

(r) l. quidquid, C. arb. tut. l. 1. ff. de tut. & rat. distr.

non (f) est. In precario autem idcirco tantum dolus venit, quia id totum descendit ex liberalitate ejus, qui precario concessit, nec, ut commodatum, in obligationis necessitatem unquam transit (t).

His remotis, reliqui contractus omnes præter dolum etiam culpam recipiunt, sive utriusque contrahentium utilitas versatur, ut in emptione, venditione, locatione, conductione, societate, dote, pignore, rerum communione, sive debitoris tantum, ut in (u) commodato. Ceterum non omnes omnem, neque uno modo recipiunt. Qui eam, quæ in faciendo est, tantum recipiunt, sunt quatuor: societas, dos, cura, tutela, rerum communio. De his diserte traditum est, non majorem diligentiam exigere, quam quantam suis quisque rebus adhibere (x) solet; quicumque autem ad suum modum diligens non est, latæ culpæ obnoxius habetur. Hoc autem jus partim voluntas creditoris introduxit, partim rei gerendæ necessitas. Voluntas creditoris in societate, & dote. In societate quisquis socium assumit, personam ejus sequitur, & probat; proinde qui parum diligentem sibi assumpsit, de se queri, sibique hoc imputare (y) debet. Eadem ratio etiam inter conjuges valere debet, inter quos societatis quædam species multo arctissima. Necessitate rei gerendæ excusatur, qui rem cum alio communem habet, quoniam is propter suam partem causam habet gerendi; unde cohæres cohæredi non majorem diligentiam præstare dicitur, quam qualem in suis rebus præstare (z) solet. Eadem gerendi necessitas præcipue tutores, & curatores (a) excusat; quippe qui etiam inviti munus sibi delatum suscipere coguntur. At cur potius placuit præstari ab his culpam, quam negligentiam? nimirum, quia hæc minor est, & tolerabilior illa, quæ est in faciendo. Unde in lege Aquilia, in qua alioqui etiam levissima culpa venire dicitur, ea tamen, quæ est in non faciendo, non venit (b).

Si a superioribus contractibus recesserimus, reliquos omnes in ea esse causa comperiemus, ut culpam † utramque recipiant, sive ut nostri ferre loquuntur, & culpam recipiant, & diligentiam; talem videlicet, qualem diligens paterfamil. præstare solet, quam eamdem exactam, & (c) exactissimam promiscue appellitant. Unum amplius in commodato præstandum reperio: nam si res commodatarii, & res commodatæ in eum locum devenerint, alterutras solum, ut servare commodatarius possit, placet eum commodatas (d) praeferre debere; quod de aliis contractibus non legimus. Ceterum quæcumque de præstatione culpæ diximus in superioribus contractibus, ea ad similes quoque conventiones, quamvis in proprium nomen contractus non transeant, servata eadem (e) distinctione, transferenda sunt; eamdemque regulam in legatis quoque, & fideicommissis observabimus (f).

CAPUT LXVII.

Quæ obligationes tempore finiantur; seu de perpetuis, & temporalibus actionibus.

AC de duobus quidem prioribus modis, quibus ignorante creditore obligatio tollitur, ita jus est. Testium genus adhuc superest, tempus videlicet, quo & ipso obligationes, actionesque sua sponte finiuntur. Obligatio tempore finiri dicitur, quæ ad certum tempus constituta, post id tempus esse desinit. Constituitur ad tempus aut voluntate privata, aut lege. Voluntate privata, cum quid promittitur ad certum tempus sæpius præstandum; veluti si quis ita stipuletur: decem aureos annuos quoad vivam dare spondes? Sed hæc tractatio non est hujus loci duabus de causis: primum, quia isto modo non finitur obligatio ipso jure, quod nunc quærimus, sed per (g) exceptionem tantum; secundo, quia illud ipsum fit voluntate, & facto eorum, qui obligationem constituunt. Lege actionibus tempus

(f) l. 1. §. 1. ff. si mens. fals. mod. dix.

(t) leg. 8. §. 3. junct. leg. 1. & 2. ff. de precar.

(u) dict. l. contractus, 23, de reg. jur. d. l. 5. §. 2. comm.

(x) §. ult. Inst. de societ. l. in rebus, 17. de jur. dot. l. 1. in pr. de tut. & rat. distr. l. heredes, 25. §. non tantum, 16, fam. erc.

(y) d. §. ult. Inst. de societ. l. socius socio, 72. ff. pro soc.

(z) Ratio diserte reddita a Paul. in d. l. heredes. §. non tantum.

(a) Inst. de excus. in pr. l. 1. de adm. tut.

(b) l. in lege, 44. ad leg. Aquil. junct. l. 13. §. de præteritis. de usufr.

† Ut pignus. l. 13. §. ult. de pign. act. empt. l. 3. de per. & comm. rei vend. locatio. §. pen. Inst. de locat. & in primis commodatum. l. 5. §. 2. commod.

(c) Sicut & diligentem, & diligentissimum paterfamil. id, quod ex inspectione, & collatione sequentium locorum planum fiet. l. 11. de per. & comm. rei vend. l. in rebus, 18. junct. l. 5. §. custodiam, 5. commod. l. 13. §. ult. de pign. act. l. 3. de peric. & commod. §. 1. in fin. Instit. de obl. quæ quu. ex del.

(d) Quod diserte traditur in d. l. 5. §. 4. commod.

(e) Exempla extant in l. 9. §. 1. commod. l. si gratuitam, 17. §. 1. & 2. de pres. verb.

(f) l. si servus, 108. §. cum quid, 12. de legat. 1. Igitur si ab hærede legatum relictum est, is & culpam præstabit, & diligentiam. l. 47. §. pen. de leg. 1. Nam si voluntatem defuncti spectamus, utriusque in legato utilitas versatur & hæredis, & legatarii. Enim vero, hæreditate per fideicommissum relicta, hæres in communionem cum fideicommissario incidit, ideoque non major diligentia ab eo exigi debet, quam a socio. l. hæredes, 25. §. non tantum. fam. erc.

(g) l. obligationum, 44. §. 1. de obl. & act. §. 3. Inst. de verb. obl.

pus præfinitur duplicitet: aut enim ab initio intra certum tempus dantur, aut ab initio simpliciter datæ postea certo temporis spatio circumscriptæ sunt; illæ temporales in usu juris dicuntur, hæ perpetuæ, propterea quod tales ab initio (h) fuerunt. Etsi autem temporales quæ vocantur, ipso jure tempore finiuntur, perpetuæ per exceptionem, seu præscriptionem temporis, argumenti tamen conjunctio unam speciem ab altera separari non sinit.

Ad dijudicandum, utrum actiones temporales sint, an perpetuæ ad eum modum, quem diximus, tradita est a veteribus hæc notio. Videndum est, utrum actio rei persequutionem contineat, an (i) pœnæ. Quæ actiones civiles, vel honorariæ rei persequutionem habent, eæ perpetuæ sunt; exceptis iis, quæ (k) contra jus civile a Prætore dantur; cujus generis sunt hæ tres: Pauliana, redhibitoria, quanto minoris. Pauliana edicto Prætoris nominatim datur intra (l) annum ad revocandum ea, quæ a debitore in fraudem creditorum alienata sunt. Redhibitoria edicto Ædilium proponitur intra sex menses. Quanto minoris intra (m) annum. Calvisianam ratione patroni (n) perpetuam esse placuit. In pœnalibus actionibus hæc distinctio est. Refert utrum civiles sint, an prætoriæ. Civiles (o) omnes perpetuæ sunt. Constat autem civiles dici, quæ legibus, aut qua alia parte juris civilis constitutæ sunt, excepto jure prætorio. Atque hujus generis actiones pœnales quatuor esse animadverto: actionem furti nec (p) manifesti; actionem legis Aquiliæ; actionem injuriarum: quibus ex causis lex Cornelia eam dedit; actionem repetundarum ex lege Julia. Quin & quintam adjiciamus, licet Justiniani constitutione demum introductam, de legatis, quæ venerabilibus locis relinquuntur; nam & hæc actio hactenus pœnalis est, quatenus adversus inficientem, aut relicti solutionem usque ad in jus vocationem differentem (q) duplicatur. Ceteræ pœnales actiones omnes prætoriæ sunt, ex quibus actio furti manifesti perpetua est, reliquæ temporales (r).

Satis jam exploratum arbitror, quæ actiones ex obligatione temporales sint, quæ item perpetuæ. Tria tamen adhuc cognoscenda: quantum tempus singulis præfinitum; tempus istud quando finiatur; eo finito quomodo actio tollatur. De primo sic habetur, omnes actiones, quæ intra certum tempus dantur, quas easdem temporales appellamus, dari aut intra sex menses, aut intra annum, aut intra biennium. Intra sex menses una est redhibitoria; intra biennium item una (s) de dolo; reliquæ omnes intra annum. Perpetuæ & ipsæ certo temporis spatio finiuntur; nam cum ab initio perpetuæ essent, ex quo nomen, re sublata, adhuc mansit, postea constitutionibus certum (t) finem acceperunt. Tempus hujus generis actionibus præfinitum alias est centum annorum, alias quadraginta, minimum triginta. Centum anni civitatibus ad experiendum dati, quadraginta Ecclesiis, reliquis triginta, ultra quos jure agere non (u) liceat. Generaliter autem actiones semel in judicium deductæ, ac deinde silentio omissæ, ex eo tempore nonnisi præscriptione (x) quadraginta annorum excluduntur. Annus in jure civili duplex: unus continuus, alter utilis. Annus continuus est, qui constat ex 365. diebus continuis, nulla subductione facta eorum dierum, quibus experiundi potestas non fuit. Utilis annus est, qui constat totidem diebus utilibus, idest, quibus agi, & Judex adiri utiliter (y) potest. Utrum igitur tempus in hac distinctione accipimus? Et placuit perpetuas quidem actiones (z) jugi tot annorum cursu finiri. In temporalibus autem tempus ubique utile accipiendum est, nisi qua lege continuum (a) nominatim exigatur; ut in actione de dolo (b).

Finiuntur hæ actiones omnes cum ultimus temporis præstituti, & recte cœpti dies finitus est.

(h) *Inst. de perpet. & temp. act. in pr. l. 3. Cod. de præsc. triginta ann.*

(i) Quæ autem istæ actiones sint in singulis generibus contractuum disce ex §. *sequens*, 16. & *deinceps*. *Instit de act.* add. *cap.* 73. *sup.*

(k) *l. in honorariis*, 35. *de obl. & act.*

(l) *l.* 1. & *l.* 10. *quæ in fraud.*

(m) *l. sciendum*, 19. §. *ult. de ædil. edict. l.* 2. *C. eod.*

(n) *l.* 3. §. 1. *si quid in fraud. patr.*

(o) *d. pr. Inst. de perp. & temp. act.*

(p) §. 4. *Inst. de nox. act.* Cont. 1. *subs. cap.* 2. Tres autem reliquas civiles esse liquet ex *l.* 1. *ad leg. Aquil. l.* 5. *de injur. l.* 2. *ad leg. Jul. repet.*

(q) §. *ui autem*, 19. *Inst. de act.*

(r) *d. pr. Inst. de perp. & temp. in fin.* Quo loco dicitur, absurdum existimasse Prætorem, actionem furti manifesti anno terminare; forte ideo, quia sufficere visum est, civilem, quæ durior erat, mitigasse. Vid. Agell. *lib.* 11. *c.* 18.

(s) Ex Constitutione Justin. *l. ult. C. de dolo.*

(t) Idest certum tempus, quo & ipsæ finirentur. *l.* 3. *C. de præsc. triginta annor. Instit. de perp. & temp. act. in pr.*

(u) *l.* 23. *Cod. de Sac. Eccl.* Nov. 111. & Nov. 131. *cap.* 6. *d. l.* 3. *l.* 4. *Cod. de præscr. triginta ann.* Vid. *cap.* 30. *lib.* 1.

(x) *l. ult. Cod. d. tit. l.* 1. §. 1. *in fin. Cod. de ann. exc.*

(y) *l.* 1. *de div. & temp. præs.* ubi vide quæ notat Goth. *l.* 2. *de succ. edict.* add. Goede. ad *l. cum bissextum*, 98. *de verb. sign.*

(z) Juge autem idem, quod continuum. *d. l.* 3. & 4. *C. de præsc. trig. ann.*

(a) *Arg. l.* 1. *in pr.* junct. §. *annus*: *unde vi. l.* 4. *C. de injur.* junct. *l.* 14. §. 2. *quod met. caus. l.* 35. *ff. de obl. & act.* junct. *l. ult. C. ex qu. cau. maj.* Vulgo tamen, & usu forensi receptum affirmant, ut etiam hic in dubio tempus accipiatur continuum.

(b) Cui nominatim pro anno utili biennium continuum præfinitum est. *l. ult. C. de dolo.*

cest: Id hoc tempus constat & initio, unde cedat, & fine in quem desinat. Initium temporis ex eo demum die cedi, ex quo primum jure (c) experiri creditor potest. Finis autem illis est in omnibus temporalibus actionibus, ut non finiatur obligatio, nisi totus postremus dies finitus sit, aliter atque jus est in usucapione, in qua annum civiliter, non ad momenta temporum numeramus (d).

Finiuntur autem dissimiliter. Temporales finiuntur (e) ipso jure, transacto eo tempore, intra quod ab initio datae sunt. Finiuntur & perpetuae, finito eo tempore, intra quod conclusae sunt, sed praescriptione temporis, seu exceptione temporali, debitori ob diuturnum silentium creditoris, & spatium longissimi temporis (f) parta: inter quae quantum effectu juris intersit, inferius demonstrabitur. Quocumque autem modo actiones hasce tempore finiri placet, una hic communis exceptio est, nisi cursus legitimi temporis interrumpatur, quod quibus modis accidat, memini me primo volumine exposuisse (g).

CAPUT LXVIII.

De solutionibus, quae specialiter ita dicuntur.

HAec de eo genere liberationis, quod contingit ignorantibus, & invitis iis, inter quos obligatio intercedit. Conferamus nos ad alterum, quo obligatio tollitur ipsorum reorum facto, & opera. Hujus generis (h) liberatio duplex: aut enim tollitur hoc modo obligatio solutione, aut consensu dissolvitur. Solutio aut vera est, quae naturalem rei debitae praestationem habet, aut quasi, quae, quamvis nihil naturaliter praestatur, jure tamen pro solutione habetur. Veram sic breviter definimus, ut sit ejus, quod debetur, ut debetur, praestatio. Complectitur haec definitio omnia, quae justae solutionis ad liberationem sunt necessaria. Primum praestationem hic naturalem & re ipsa accipimus, quod & solutionis verbum specialiter acceptum (i) significat; alioqui generaliter acceptum ad omnem (k) liberationem quocumque modo factam pertinet, magisque ad (l) substantiam obligationis refertur, quam ad rei in obligationem deductae, sive nummorum solutionem. Haec igitur nota removet hinc tum acceptilationem, tum compensationem, & pecuniae debitae obsignationem, in quibus nihil naturaliter praestatur, numeraturve; tametsi solutionis vim (m) habent. Secundo id, quod (n) debetur praestari debet; aliud enim pro alio (o) invito creditori solvi non potest. Aliud esse intelligitur aut in re, quae debetur; aut in facto. In re, veluti si pro fundo debito pecunia detur, aut pro pecunia fundus, aut si cum res dari debuit, praestetur aliena, aut pignori obligata, aut quae evinci (p) potest. Sane nummi in alia forma (q) reddi possunt, nisi hoc (r) damnosum sit creditori. In facto aliud praestari intelligitur, aut ex specie facti, aut ex facientis persona. Ex specie facti, cum debitor aliud facit, quam (s) debuit. Ex persona facientis, cum idem quidem fit, quod debebatur, sed ab alio, & res in arte posita est; propterea quod inter artifices longa differentia est (t) ingenii, & doctrinae. Enimvero quominus (u) volenti creditori aliud pro alio solva-

(c) Igitur obligatione sub conditione contracta, cedit cum conditio existit, contracta in diem, cum dies venit. *l.* 7. §. 7. C. *de praesc. trig. ann.* si per conditionem personae, aut aetatis creditor agere non potest, mutata ea conditione, puta filiofam. potestate liberato. *l.* 1. §. *ult.* C. *de ann. exc.* Hinc certo liquet id, quod alibi annotavimus, actioni pignoratitiae nullo tempore praescribi posse. Vid. *d. cap.* 30. *lib.* 1.

(d) *l.* 6. *de ob. & act.* junct. *l.* 6. *de usuc.* ubi Cujac. vid. & Gothofr. in *l. anniculus*, 132. *de verb. sign.*

(e) *d. l.* 6. C. *de obl. & act.* junct. §. *finitur. Instit. de usufr. l. eleganter*, 24. *in pr. de pign. act. & similib.* Et vero, quae actio lege intra certum tempus datur, palam est ultra id tempus non dari.

(f) *d. l.* 4. C. *de praescr. trig. d. l.* 1. §. *ult.* C. *de ann. except.*

(g) *d. cap.* 30. *lib.* 1. unde quae ad hunc locum pertinent, desumi possint.

(h) Est & extraordinarium quoddam liberationis genus, quod apud nos in usu non est, delictum creditoris rem sibi debitam vi auferentis. *l.* 13. *quod met. caus.*

(i) *l. solutam*, 49. ff. *hoc tit. de solut. Inst. quib. mod. toll. obl. in pr.*

(k) Solvendi verbum varie usurpatur, nam & debitorem solvi dicimus, cum liberatur. *l. decem*, 116. *de verb. obl.* & obligationem solvi cum quovis modo tollitur. *l. prout*, 80. *hoc tit.* & rem debitam solvi cum praestatur. *d. l.* 49. *eod. d. pr. Inst. d. t.*

(l) Quae quavis liberatione tollitur. *l. solutionis*, 55. *hoc tit. l. liberationis*, 47. *de verb. sign.* Hinc jam intelligitur, solutionis verbum generale esse, cum ad personam obligati, aut ad ipsam obligationem refertur; speciale, cum ad rem debitam, quae eo nexu, quo cum debitore quodammodo tenebatur solvitur, cum praestatur. Vid. & Vultej. ad *pr. Inst. d. tit.*

(m) Ut inferius suo ordine demonstrabitur.

(n) Aut res, aut factum, prout obligatio est, aut dandi, aut faciendi.

(o) *l.* 2. §. 1. *si cert. pet. l. manifesti*, 17. C. *hoc tit.*

(p) Vid. *l. si rem*, 20. *l.* 26. *l. si quis aliam*, 46. *l.* 72. §. *pen. l.* 98. *in pr.* ff. *eod.*

(q) Vid. *not. sup. c.* 23. Consule insuper Don. ad *l.* 3. *si cert. pet.* Gail. 1. *obs.* 73. Ant. Fab. *de nummar. deb. solut.*

(r) *l.* 99. *hoc tit.* Damnum enim non ex nuda affectione aestimatur, quae in nummos non cadit. *l.* 3. *de in lit. jur.* sed ex vero. Finge pro auris nummis reddi minutam monetam, quae eam quantitatem efficiat, quae creditori, forte alio pecuniam transportaturo, ad gestationem nimis sit gravis; aut reddi nummos non locabiles in iis locis, quo eos deferre cogitat. Don. ad *d. l.* 3. *n.* 10.

(s) *l. qui res.* §. *mihi*, 6. *hoc tit.*

(t) Ulpian. in *l. inter*, 21. *eod.* Ceterum quae facta nudam tantum operam desiderant, ab alio aeque expediri possunt, veluti Romam ire. [illegible] C. *de cont. stip.*

(u) *l. manifesti*, 17. C. *hoc tit.* Nam satisfactio pro solutione est. *l.* 52. ff. *eod.* si modo res soluta fiat accipientis. *l.* 46. *eod.*

solvitur, nihil est impedimento; placuit tamen etiam invito creditore aliud pro alio solvi posse duabus ex causis: si aut necessitas cogat, aut debitor facultatem aliud solvendi aliunde acceperit. Necessitas cogit pro re debita æstimationem præstari, ubi ea post moram debitoris periit. Idemque est, si extat quidem, sed aliena est, & eam dominus non (x) vendat. Facultatem aliud solvendi debitor aut lege accipit, aut testamento, aut conventione. Lege; in actione noxali; nam cum solam damni æstimationem dominus debeat, placeat tamen eum noxæ deditione (y) liberari. Testamento, in hoc aut simili legato: Hæres penum dato; si non dederit, decem dato. Hic constat post moram sola decem deberi; & tamen placet, & si ante litem contestatam penum dederit, eum liberari. Conventione eadem potestas acquiritur debitori tum in simili (z) stipulatione, tum in obligationibus faciendi omnibus, in quibus si factum non est, quod fieri debuit, pecunia deberi incipit, ita tamen, ut debitor ante litem contestatam faciendo (a) liberetur; nempe quia hanc potestatem ab initio ex conventione accepit.

Tertium exigitur ad justam solutionem, ut solvatur unumquodque, uti debetur. Situm hoc partim in personis ipsis, partim in circumstantiis solutionis. Personæ duæ: is, qui solvit, & cui solvitur. Primum de solvente videbimus. Et de debitore ipso, quin is recte solvat, nulla dubitatio est; excepti tamen, quibus bonorum administratio (b) interdicta est. De eo autem, qui nihil debet, dubitari potest, an is pro debitore recte solvat, etiam invito creditore, ut ista solutione debitor ignorans liberetur. Et placuit posse; naturalis enim simul, & civilis ratio (c) suasit, conditionem alterius etiam ignorantis, & inviti meliorem nos facere posse. Creditoris, si alii solvatur, ratio longe dissimilis. Huic soli recte solvitur, alii (d) inutiliter; contraria nimirum juris ratione, quæ conditionem alterius deteriorem fieri non (e) sinit. At neutrum illud perpetuum est. Prius enim eadem conditione accipiendum, quam in solvente exigimus, si creditor liberam habeat rerum administrationem; proinde neque furioso, neque prodigo, neque pupillo, aut adolescenti curatorem habenti solvi potest, nisi accedente tutoris, aut curatorum (f) auctoritate. Sed solutio tutore auctore facta ipso jure liberat debitorem, nondum tamen plenam consequitur liberationem; nam si pupillus nummos acceptos consumpserit, aut furto, vel vi amiserit, potest adversus istam solutionem in integrum a Prætore (g) restitui; quo impetrato poterit eamdem pecuniam iterum petere. Adversus hoc igitur incommodum hæc cautio est, ut debitor pupilli se judicio conveniri a tutore patiatur, conventus paratum se dicat solvere, si prius judicialis sententia hoc permiserit. Quo subsequuto sequitur hanc solutionem plenissima (h) liberationis securitas. Ceterum, quia natura æquum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem, si pupillus, cui non interveniente sententia solutum est, pecuniam adhuc salvam habeat, aut ex ea locupletior factus sit, quod ex tempore litis contestatæ æstimatur, poterit iterum eamdem pecuniam petens doli mali exceptione (i) submoveri. Reditus annui, & ceterarum pensiones minoribus, tutore, aut curatore auctore tuto solvuntur (k).

Posterius hactenus verum est, nisi alius, cui nomine creditoris solvitur, habeatur pro creditore. Id aut jure ipso quis consequitur, aut voluntate creditoris. Jure ipso tutores, & curatores; quippe qui in rerum administratione pro dominis habentur; proinde si id, quod minoribus debetur, tutori, aut curatori solutum fuerit, liberatio † ipso jure contingit; sic tamen, ut metus restitutionis in integrum non aliter tollatur, quam si judicialis sententia, ut diximus, præcesserit. Voluntas creditoris aut præcedit solutionem, aut sequitur. Quæ præcedit jussus est, aut mandatum, quæ sequitur, solutionis jam factæ ratihabitio. Jubendi ratio duplex; aut enim dirigitur mandatum ad eum, cui creditor solutum vult, data ei potestate pecuniæ exigendæ, accipiendæque;

(x) Hoc, & quod præcedit, est in l. 8. *de cond. furt.* & *l. si domus*, 71. §. 3. *de leg.* 1.

(y) *l.* 6. §. 1. *de re jud.* Quod proxime sequitur, est in *l.* 1. *de pen. leg.*

(z) *l. ita stipulatus*, 115. *in fin. de verb. obl.* Eadem ratione, si mihi Pamphilum, Titio Stichum dari stipulatus sim, placet promissorem Titio Stichum dando, quamvis is non debeatur, liberari. *l.* 98. §. 6. *hoc tit.*

(a) *leg.* 72. *in pr.* junct. *leg. insulam*, 84. *de verb. oblig.*

(b) Ideoque nummi ab his soluti, si extant, vindicari possunt, quamvis consump[illegible] liberantur. *l.* 14. §. *ult. hoc tit. l.* 9. §. 2. *de* [illegible] exemplo enim pupilli in ceteris idem probandum est.

(c) *l. solvendo*, 32. *de neg. gest. l. solvere*, 53. *l. solutione*, 23. *hoc tit. l.* 16. §. 3. *de pign. act.*

(d) *l. invito*, C. *hoc tit.* §. *item si*, 10. *in fin. Instit. de mand.*

(e) *d. l. solvendo, de neg. gest.*

(f) *l.* 15. *h. tit. l.* 5. *de reg. jur.*

(g) *l.* 1. C. *si adv. solut. eod. tit.* Cod. *si tut. vel cur. interv.*

(h) *l. sancimus*. C. *de admin. tut.* §. 2. *Instit. quib. al. lic.*

(i) *l. in pupillo*, 47. *hoc tit. d.* §. 2. *Instit. quib. al. lic.*

(k) *d. l. sancimus*, 15. C. *de adm. tut.* Siquidem & molestum esset quotannis adiri Judicem, incommodum pupillo diu differre solutionem ejus rei, unde fere ali solet. Duar. ad *tit.* C. *si adv. sol.*

†. *l. tutor*, 37. *l. Lucius*, 46. §. *tutelæ*, *de admin. tut.* etiamsi honorarii sint tantum. *l.* 14. §. 1. & *seqq. l. quæro*, 100. *hoc tit.*

deque; aut ad debitorem confertur, data ei potestate alii solvendi. Prioris generis tres sunt: in liberis hominibus procurator, cui aut generaliter universorum bonorum administratio, aut specialiter ejus debiti, de cujus solutione agitur, exactio (*l*) mandata est; in servis actior, & (*m*) dispensator; in iis, qui sunt in alterius potestate hi, quibus dominus, aut pater peculium (*n*) habere promisit, quatenus quid a debitoribus peculiaribus solvitur. Atqui his quidem omnibus, quamdiu mandatum revocatum, aut peculium ademptum non erit, debitores secure solvunt; revocato autem, finitove mandato non aliter, quam si illud finitum esse (*o*) ignoraverint. Ad debitorem mandatum digitur bifariam: cum creditor debitori jam obligato mandat, ut Titio solvat; in qua specie, finito mandato, eadem distinctio est, quæ (*p*) supra; item cum Titium stipulationi inserit, hoc modo: mihi, aut Titio dare spondes? ex qua stipulatione constat, nullam Titio acquiri obligationem, repugnante regula juris, sed solutionem tantum in personam ejus (*q*) conferri. In utraque specie eadem potestas (*r*) solvendi, nimirum quam verba concedunt; proinde nisi debitor ipsi Titio solverit, non liberabitur, quamvis ei solverit, qui alioqui in jure rerum nostrarum eadem persona nobiscum habetur, qualis est hæres, dominus, tutor (*s*), curator. At in eo dissimilitudo est, quod inhibere ne Titio solvatur non (*t*) potest, cum alioqui mandatum in priore specie recte revocetur. Finitur tamen potestas Titio solvendi stipulatione quæsita tribus modis: capitis minutione Titii in (*u*) duriorem causam, in qua tamen specie usumfructum Papinianus (*x*) excepit; petitione creditoris post litem (*y*) contestatam; pecuniæ ejusdem constitutione, si debitor (*z*) nominatim soli creditori se soluturum constituat. Voluntas, quæ solutionem jam factam sequitur, sive ratihabitio creditoris, mandato (*a*) comparatur. Una etiam ex causa solutio facta ei, qui pro creditore non habetur, debitori liberationem (*b*) parit, si pecunia in rem creditoris versa fuerit.

CAPUT LXIX.

De circumstantiis solutionis; tempore, loco, itemque quantitate; postremo item de effectu.

Deinceps; ut erat propositum, de circumstantiis solutionis, & postremo de effectu dicatur. Hæ tres: tempus, locus, quantitas. De tempore, & loco alibi (*c*) disputavimus; tantum de quantitate nunc videndum. Quantitas hæc versatur aut in jure rei solutæ, aut ipso rei corpore. In jure rei debitæ, quod per solutionem transferri oportet, cum res generaliter debita præstatur, tria exigimus. Primum, ut res fiat accipientis; quod ita fit, si res sit (*d*) propria debitoris. Secundum, ut ne avocari ex præsenti causa possit; proinde si res pignori obligata soluta sit, debitor non (*e*) liberabitur. Plane si res aliena, aut quæ avocari poterat, post solutionem avocari posse desierit, puta si a creditore usucepta sit, aut nummi bona fide consumpti, aut pignus solutum, ex hoc eventu placet debitorem (*f*) liberari. Tertium est, ut res creditoris pleno jure fiat, quamdiu aliquid deest, adhuc aut ipsa res, aut pars ejus peti potest. Res ipsa, non præstita cautione de (*g*) evictione; pars tantum, puta ususfructus, translata in creditorem nuda tantum (*h*) proprietate.

(*l*) *l.* 12. *l. solutam*, 49. *ff. de solut.*

(*m*) Quibus administratio rerum dominicarum mandata est, aut qui exigendis pecuniis præpositi: *d. l. solutam. & l.* 51. *eod.*

(*n*) *l.* 19. *l. si servus. l. quod servus*, 35. *eod.*

(*o*) Ne factum creditoris illis noceat in justa ignorantia. §. 10. *Inst. de mand. l.* 12. §. 1. *l.* 18. *& l.* 51. *hoc tit.*

(*p*) Ut pater ex iisdem illis locis.

(*q*) *l.* 38. §. *alteri, de verb. obl.* junct. §. 4. *Instit. d. tit.*

(*r*) Non autem novandi, aut acceptum ferendi. *l.* 10. *hoc tit.*

(*s*) *l.* 9. *in pr. l. si stipulatus*, 81. *l. Stichum*, 95. §. *usumfructum, eod. l. cum quis*, 55. *de verb. obl.*

(*t*) Propter conditionem, quam stipulatio accepit. *l.* 12. §. 2. *&* 3. *l. antep. hoc tit.* §. 4. *Instit. de inut. stip.*

(*u*) Nempe servitute, deportatione, adrogatione; secus si in meliorem, puta emancipatione. *l. cum quis*, 38. *in pr. hic.* junct. *l. cum qui*, 56. §. 2. *de verb. obl.* Distinctio sumpta ex eo, quod tacite actum videtur, prout facilius, aut difficilius solutum a Titio recipi possit actione mandati, & communiter probata, etiam a Don. in *l.* 55. *de verb. obl.* tametsi rejecta a Fab. 3. *conj.* 10. & Cujac. 7. *ad Afric. in d. l.* 38.

(*x*) *d. §. l.* 95. §. *usumfruct.* tum quia stipulatoris nihil interest, quo tempore solvatur, cum ad eum redire non possit; tum quia debitoris interesse potest, cui solvat, quod forte speret in persona Titii citius finitum iri.

(*y*) *l.* 17. §. 1. *eod.* Nam si fatetur debitor, solvere jubetur, si negat, litem contestatur, & novam obligationem suscipit judicati.

(*z*) *l.* 8. *de pec. const.* secus si simpliciter. *l. si ita stipulatus*, 59. *hoc tit.*

(*a*) *l.* 12. *in fin. ff. l.* 12. *Cod. eod. l. ult. Cod. ad Maced.*

(*b*) Et quidem ipso jure, si eo animo solvit, ut creditori vero solutum vellet. Exemp. in *l.* 28. *l.* 34. § *si prædo. l. filiæ*, 89. *hoc tit.* alias per exceptionem tantum, ut in specie *l.* 4. *sol. matr.*

(*c*) *Sup. cap.* 38. *& seq.*

(*d*) *l. Cassius*, 17. *l. si is cui*, 94. *in pr. hoc tit.*

(*e*) *l. si rem*, 20. *l. si hominem*, 69. *d. l.* 94. *in pr. eodem.*

(*f*) *l. is qui*, 60. *l. si pupilli*, 66. *& l. seq. l.* 17. *& d. l.* 94. *eod.*

(*g*) *l. etiam*, 27. *eod. l. Julianus*, 131. §. 1. *de verb. obl.*

(*h*) *l.* 38. §. 3. *l. si hominem*, 69. *hoc tit.* junct. *l. cum qui*, 57. §. *pen. de verb. obl.*

tare. Hæc omnia, & in specie debita eodem modo se habent, si quid eorum facto debitoris, aut post moram ejus contigerit; alioqui secus (*i*).

De corpore rei debitæ duplex quæstio: una est, utrum debitor rem deteriorem factam solvendo liberetur, nec ne; quæ quæstio aliquanto ante a me tractata est; altera, utrum ad justam solutionem rem totam, quæ debetur solvere oporteat, an vero si quam partem debitor offerat, creditor accipere cogatur, eaque accepta, debitor pro ea parte liberetur; quæstio pertinens non ad omnes obligationes, sed ad eas tantum, quæ conditione sua, & natura rei divisionem † recipiunt. De eo igitur sic in universum habendum: Cum natura obligationis postulet omnino, ut quo quidque modo contractum est, eodem & (*k*) dissolvatur, partiumque solutio non minima (*l*) incommoda habeat, idcirco creditorem invitum non cogendum partem oblatam accipere, nec recusantem partis oblationem moram (*m*) committere. Quod tamen vulgo recte, ut opinor, sic acceptum est, si de toto debito constet; sin autem de parte tantum, quam debitor offert, appareat, & de reliquo paratus sit judicio contendere, humanius facturum Prætorem, si actorem compulerit ad accipiendum id, quod (*n*) offertur. Atque ita quidem jus est commune. Ceterum jure singulari receptum favore libertatis, ut hæres decem per partes cogatur (*o*) accipere, quæ servus, ut liber esset, dare jussus est. In causis quoque publicarum pensionum, quæ pro fundis patrimonialibus præstantur, propria ratione particularis solutio admissa, dum tribus quotannis vicibus totæ (*p*) exsolvantur. Quod si parte a volente creditore accepta quæritur, an pro ea parte debitor liberetur, conditio obligationis inspicienda est; nam si obligatio conditione sua, & natura rei dividua est, vel, veluti si res una, aut conjunctim plures; quæ divisionem admittunt, promissæ sunt, liberatio pro parte (*q*) contingit; sin minus, nonnisi toto soluto. Conditione sua divisionem non recipiunt hæ tres quamvis alioquin res natura sua dividuas contineant: obligatio generis; alternativa; pœnalis, in quibus omnibus placuit debitorem partem rei ex electione solvendo, pro ea parte non liberari, obstante nimirum conditione (*r*) obligationis; quippe ex qua liberum quidem est debitori, unam aliquam rem ex promissis solvere, non autem duarum rerum partes; quod alioqui hoc genere evenire posset (*s*).

Solutione constituta, de effectu ejus videndum. Effectus hic, ut tollatur ipso jure obligatio, cujuscumque ea sit generis, aut quomodocumque (*t*) contracta. At enim si plures sunt obligationes contractæ ex diversis causis, non continuo solutione unius rei omnes tolluntur, sed ea solum, in quam (*u*) solutum est. Hoc cum non omnino intelligatur, porro quærendum est, in quam causam creditor acceptum ferre solutum debeat. Et si quidem debitor, cum solveret, dixerit in quam causam acceptum creditor haberet, id servandum est, etiamsi creditor testetur, se in aliam causam accipere; solum hoc ei conceditur, ne (*x*) accipiat; si vero debitor nihil dixerit, permittitur creditori tempore solutionis constituere, cui potius debito acceptum ferat, dummodo in id constituat, in quod ipse si deberet, esset (*y*) soluturus. Aut si neuter initio quidquam dixerit, interesse placet, utrum de pluribus summis principalibus agatur, an de sorte, & usuris. Si de pluribus summis principalibus, solutum semper acceptum ferendum est in eam causam, quæ debitori gravior est, & onerosior, quam primo quoque tempore sublatam debitori (*z*) expedit; quarum causarum gradus quosdam veteres (*a*) observarunt. Quod si omnia nomina similia erunt, quæ (*b*) antiquior est, durior habetur. In pari autem dierum, & contractuum causa (*c*) pro rata solutum accipitur. De sorte vero,

(*i*) *l. si mihi*, 92. *hoc tit. l.* 23. *l. si servum*, 91. §. 3. *de verb. obl.*

† Licebit obiter repetere quæ de individuis obligationibus disputavimus *cap.* 26. *supra*.

(*k*) *l. nihil tam naturale*, 35. *de reg. jur.*

(*l*) Ut dicitur in *l.* 1. *ff. fam. erc.*

(*m*) Unde in *l.* 9. *Cod. hoc tit.* debitor liberari dicitur oblatione, & obsignatione, sed totius pecuniæ debitæ.

(*n*) Ita vulgo respondent ad *l.* 21. *ff. de reb. cred.* Quod aut dicitur in §. 1. *in fin. Inst. quib. mod. toll. obl.* id, quod debetur, pro parte recte solvi, sic accipiendum est, si creditor partis solutionem admittat.

(*o*) *l.* 4. §. *si decem. de statut.*

(*p*) *l. pen. C. de fund. patrim. lib.* 11.

(*q*) *l.* 9. §. 1. *l. si is cui*, 94. *in princ. hoc tit. l.* 2. §. 1. *de verb. obl.*

(*r*) Cui parte tantum soluta non satisfit. *dict. l.* 2. §. 1.

(*s*) *d. l.* 2. §. 1. *l.* 5. §. *ult. de verb. obl. l.* 9. §. 1. *hoc tit.* add. *l.* 26. §. *pen. de cond. ind. l. in exequutione*. §. 4. *de verb. oblig.* Vid. item *cap.* 26. *sup. circa fin.*

(*t*) *Inst. quib. mod. toll. obl. in pr. l. Stichum*, 95. §. 4. *hoc tit. l.* 5. *C. de pact.*

(*u*) *l.* 1. *l. cum ex pluribus*, 103. *hoc tit.*

(*x*) *d. l.* 1. *&* 2. *l.* 1. *C. eod.* Ergo creditor recusans accipere moram non facit, nec periculo pecuniæ amissæ obstringitur, nisi debitor eam obsignaverit.

(*y*) Igitur in duriorem causam; ita enim & in suo constitueret nomine. *d. l.* 1. *in fin. l.* 3. *eod.*

(*z*) Ex qua compelli ad solvendum potest. *l.* 103 *d. l.* 3. §. 1. *l.* 5. *eod.* Interpretatione sumpta ex regula æquitatis, qua placet, favorabiliores esse reos, quam actores, *l. favorabiliores*, 125. *de reg. jur.*

(*a*) A gravissimis progressione facta ad minus graves. Vid. *l.* 4. 7. *l. cum ex pluribus*, 97. *hoc tit.*

(*b*) *d. l.* 5. *in pr. l.* 24. *d. l.* 97. *l. creditor*, 100. §. 2. *eod.*

(*c*) Ex omnibus summis pro portione. *l.* 8. *eod.*

vero, & usuris sic jus est, ut si neuter voluntatem suam expresserit, quod solutum est, prius in usuras, deinde in sortem (*d*) accepto feratur, si modo usuræ jure exigi potuerint. At si ex facto tantum naturaliter debeantur, interest, utrum creditori pignus datum sit, necne. Si datum non est, nihil retinere usurarum nomine potest, quod non (*e*) aperte in eas solutum est. Contra dato in sortem, & usuras pignore, poterit id, quod ex pignore distracto redactum est, in usuras licet naturaliter tantum debitas prius acceptum (*f*) ferre. Si tamen quædam usuræ naturaliter ex pacto, quædam ex stipulatione civiliter debebuntur, in utraque ex æquo accepto ferendum est †.

CAPUT LXX.

De quasi solutionibus, ac primo de oblatione, deinde & de obsignatione debiti.

HUcusque de vera solutione. Tria sunt, quæ cum solutiones non sint, jure tamen pro solutione habentur: obligatio rei debitæ; ejusdem obsignatio; item compensatio. Offerre, est rem debitam repræsentare creditori, simulque ostendere se paratum esse (*g*) solvere, pecuniam numerare, aut rem tradere, modo ille velit accipere. Non omnis vero oblatio, neque semper pro solutione cedit. Primo non est satis, rem ita, uti diximus, offerri, nisi ita offeratur, uti oportet. In eo duo sunt: unum, ut sibi debitor prospiciat ad futuram oblationis probationem, adhibitis in ea rem (*h*) testibus; alterum, ut ita offerat, uti debetur jure, ne quam causam recusandi creditor habeat. Positum hoc tum in personis offerentis, & accipientis; tum in re oblata, & circumstantiis oblationis. In re, & circumstantiis omnia (*i*) perinde se habent, ut in vera solutione. In personis hoc dissimile, quod ipse debitor creditori ipsi offerre debeat; ab alio, aut alii, puta procuratori, oblatum ad liberationem nihil proficiat. Quod si creditor aberit, Præsidem adire licebit, ut apud eum offeratur (*k*).

Oblationis recte factæ vis hæc, ut debitor liberetur; non equidem statim, & semper, sed tunc demum, si res postea sine nova mora, aut dolo malo ejus perierit. Sic enim habendum: quamdiu res oblata adhuc extat, nunquam sola oblatione jure communi debitorem liberari; in tantum, ut si creditor, quod oblatum aliquando recusavit accipere, nunc iterum petat, ipse debitor non solvens moram facere incipiat (*l*), quæ perinde ei noceat, quasi creditor moram nunquam adhibuisset. Sed nec (*m*) usurarum cursus sola oblatione inhibetur, nec pignora (*n*) solvuntur. Hoc inquam jure communi; at jure singulari duabus in (*o*) causis sola oblatio debitori securitatem parit: una est in servo manumisso, si decem dederit; altera in debitoribus vectigalium, & tributorum. Extra has causas toties oblatio præcedens ad liberationem prodest, quoties sine nova mora, aut sine dolo malo debitoris res oblata periit, etsi culpa ejus (*p*) arguatur. Cur ergo quod rei interitus affert, tribuimus oblationi? Nempe quia oblatio liberationis primaria causa est; utpote quæ debitori liberationem adferat etiam tunc, cum oblatione non præcedente non liberaretur. Proponamus enim certam quantitatem, aut summam pecuniæ deberi; constat debitorem nullo casu fortuito earum rerum obligatione liberari; at si ea summa postea in specie creditori oblata sine dolo malo debitoris perierit, quamvis ea pecunia non magis, quam quævis alia debebatur, tamen propter oblationem præcedentem placet debitorem (*q*) liberari. Idem aliquando & in specie debita contingere potest: nam si res ex eo contractu debeatur, in quo & dolus præstatur, & culpa, debitor oblatione sua hoc consequitur, ut si res postea perierit, nihil amplius præstare debeat, quam dolum, culpæ communi periculo propter recusationem, & moram

(*d*) *d. l. 1. hoc tit.* Ergo in eam causam, non quæ debitori, sed creditori expedit. Quippe hic sine damno, & injuria creditoris aliud constitui non potuit.

(*e*) *d. l. 5. §. 1 versic. quod generaliter. hoc tit.*

(*f*) *l. Paulus, 101. §. Paulus. eod.* sicut usuras per retentionem pignoris servare potuit. *l, pignoribus, 22. C. de usur.*

† *d. l. 5. §. 2 hoc tit.*

(*g*) *l. cum servus, 82. de cond. & demonst.* In rebus soli suffecerit, si debitor dicat se rem tradere, aut constituta se nomine creditoris possidere. *arg. Auth. dos data. C. de donat. ante nupt. l. quod meo, 18. de acquir. possess.*

(*h*) *l. 6. & l. acceptam, 19. C. de usur.*

(*i*) Nempe ut offeratur opportuno loco, & tempore. *l. 9. C. de solut. l. 39. ff. eod.* Ut offeratur totum, quod debetur cum usuris, ne quid de tota summa desit. *d. l. 9. d. l. acceptam.* nisi aliud convenerit. *l. tutor. §. 1. de usur.* si debitum non omni ex parte liquidum, valebit saltem liquidæ partis oblatio. *arg. l. 22. si cert. pet.*

(*k*) *d. l. acceptam, 19. junct. d. l. 6. C. de usur.*

(*l*) *l. illud, 17. de per. & com. rei vend.* junct. *l. si pupillus, 127. de verb. obl.*

(*m*) *l. tutor pro pupillo, 28. in fin. de admin. tut. l. 1. in fin. l. 7. de usur.* quod tantum in usuris ex conventione debitis admittit Cujac. 8. *ad Afric. in l. 39. de solut.* & Fab. 22. *err.* 6. Communis autem sententia est nuda oblatione sisti cursum usurarum sine discrimine.

(*n*) *l. 8. C. de distract. pign. l. ult. C. de luit. pign. l. ult. C. deb. vend. pign. imp. non posse.*

(*o*) Quarum prior est in *l. ult. C. de cond. inst.* altera in *l. 1. C. suscept. & præp. lib. 10.*

(*p*) *l. illud, 17. de per. & comm. l. 9. sol. matrim.*

(*q*) Neque enim est æquum teneri pecunia amissa eum, qui non teneretur, si creditor pecuniam accipere voluisset. Ratio Marcelli in *l. qui decem, 72. de solut.*

moram creditoris (r) exemptus. Hæc autem liberatio alias contingit per exceptionem, ut in strictis judiciis, alias ipso jure, ut in (s) contractibus bonæ fidei, in quibus exceptiones ipso jure judicio insunt.

Ceterum hæc ad eam pecuniam, quæ ex conditione non debita præstanda est, non pertinent. Etenim si quid conditionis implendæ causa oblatum est ei, cujus interest conditionem non impleri, & per eum stat, quominus accipiat, perinde juxta regulam juris habetur, ac si pecunia præstita conditio (t) impleta esset. Ut autem pecunia ex conditione præstanda sit, bifariam contingere potest. Uno modo, si creditori futuro aliquid tribuatur sub conditione, alii pecuniam (u) dederit; veluti cum fundus alicui legatur sub conditione, si decem dederit, aut cum ex edicto pignoratitia actio datur debitori, si pecuniam (x) solverit; altero modo, cum debitor futurus promittit pœnam, aut usuras, si quam pecuniam non dederit. Vis oblationis in priore genere hæc, ut tribuat actionem offerenti; in posteriore, ut eum liberet periculo futuræ obligationis (y).

Stet igitur hoc, ratumque esto, cum de rei debitæ liberatione ex oblatione quæritur, debitorem non prius liberari, quam res oblata perierit sine dolo malo debitoris. Quod si creditor pecunia oblata plenius sibi consulere velit, aliud remedium paratum est, quo adhibito, solidam liberationem consequatur, nempe pecuniæ oblatæ solemnis obsignatio. Obsignare pecuniam est inclusam in sacculo, aut cistellula sigillo impresso (z) consignare; unde fides postea (a) constare possit. Obsignatio autem solemniter facta, qualem hic exigimus, tria desiderat. Inprimis præcedere obsignationem debet justa (b) oblatio, qualem paulo ante descripsimus; deinde tantam (c) pecuniam, quanta oblata est, ad eum, quem diximus, modum obsignare convenit; postremo obsignatam (d) tuto loco, puta in ædibus sacris, deponere. Tutissima autem depositio est, si deponatur in eo loco, in quo Magistratus aditus constituerit (e).

Eventus hic, ut debitor (f) statim pecunia obsignata, & deposita ipso jure liberetur, certe, quamdiu pecuniam ad se non receperit; cui liberationi consequentia sunt hæc; ut exinde pecunia deposita creditoris periculo esse incipiat; usurarum cursus inhibeatur, liberentur (g) accessiones. Quo jure ergo pecunia consignata esse incipit? Et utique quamdiu in deposito a creditore relinquitur, debitoris adhuc manere constat; utpote quæ neque in alium translata sit, neque habita pro derelicto; proinde & veterem actionem in rem tantisper retinet adversus quosvis ejus pecuniæ possessores: & quia eam deposuit, etiam novam in personam consequitur adversus (h) depositarium. Eædemque actiones, quamdiu debitor pecuniam obsignatam esse patitur, sed utiles (i) duntaxat, etiam creditori dantur. Sin autem debitor pecunias pro jure suo ad se receperit, veteri actione utili (k) a creditore conveniri potest. Quæ si ita sunt, apparet, quamvis creditor rem recte oblatam accipere recuset, tamen debitorem abjiciendo, aut eam pro derelicto habendo consequi non posse, ut re perempta liberetur; nam quod vinum doliare impune aliquando ob hanc causam effundi possit, id peculiari ratione placuisse (l) manifestum est. Nunc seorsum de compensatione.

CA-

(r) *d. l. illud. de per. & com. d. l. 9. solut. matrim.*

(s) *h. l. qui decem. in pr. & fin. pr.* junct. *l. 3. de resc. vend.* In strictis judiciis necesse est initio litis exceptionem contestari. *l. 8. & seq. C. de exc.*

(t) *l. in jure, 161. de reg. jur. l. jure, 24. de cond. & dem.*

(u) Hic oblatio actionem tribuit offerenti. *l. ult. C. de cond. inst.*

(x) *l. 9. §. ult. l. 20. §. 2. de pign. act. l. acceptam. C. de usur.* Moram tamen creditor purgare potest ante litem contestatam petendo. *d. §. ult.*

(y) *l. celsus, 23. in pr. de rec. arb. l. 9. C. de usur.* Igitur sola oblatio contractam jam obligationem usurarum non tollit. At futuræ obstare potest, ne contrahantur, si ea interveniente deficiat conditio, sub qua debebantur; ita fere & Menoch. *arb. c. 232.*

(z) *l. 1. §. si pecunia, 36. depos. leg. ultim. de leg. comm.*

(a) Creditori hæc præstat obsignatio, ut ne de summa deposita quidquam subtrahi possit, quin furtum deprehendatur, & creditori acquiratur actio adversus depositarium; tum ut sacco resignato sciri possit, utrum summa deposita congruat, necne: nam si non congruit, debitor non liberatur. Error tamen calculi obesse debitori non debet. Card. *de cont. stip. c. 11. n. 36.*

(b) *l. 7. ff. l. acceptam, 19. C. de usur.*

(c) *d. l. 19. l. tutor, 41. §. 1. ff. de usur. l. 9. C. de de solut.*

(d) *d. l. 29. l. 1. in fin. l. 7. de usur. l. 10. l. ult. C. de pign. act. l. 8. C. de dist. pign. l. tutor, 28. in fin. de adm. tut.*

(e) *d. l. 19.* Moris apud nos est, ut apud graphiarios, aut scribas, aliasve personas publicas deponatur.

(f) *l. 9. C. de solut.* At inquis, pecunia manet debitoris. *l. 17. §. 1. depos.* ergo non liberatur. *l. 38. §. 1. de solut.* Valet hoc argumentum in vera solutione, ad alias liberationes non pertinet, sive ea invito creditore fiant, ut hæc, sive per novationem, acceptilationemve.

(g) *d. l. 19. C. de usur. l. in omnibus speciebus, ff. de obl. & act.*

(h) Nec obstat, quod eo animo deposuit, ut creditori restitueretur; nam qui hoc pascicitur, idem etiam aperte id agit, ut quamdiu alteri restituta non erit, sibi restituatur, in qua specie directam depositi deponenti dari scriptum est. *l. pen. Cod. ad exhib.*

(i) Quæ sententia est *d. l. 19. in fin.*

(k) Quia rem depositam revocando fecit, ut cessaret prior causa liberationis. *d. l. 19.* Ex eo igitur tempore interpellatus moram iterum committit. *l. 17. de per. & comm.* nec in sortem tantum, sed etiam in usuras teneri incipit. *l. 7. ff. de usur.*

(l) *l. 1. §. ult. de per. & comm.* add. Cujac. 1. *obs.* 36.

CAPUT XXX.

De compensationibus.

COmpensatio (*m*) est debiti, & crediti inter se contributio. Hæc etiam, ut dixi, pro solutione est; & quidem semper, si creditor ultro eam admittat. Invito autem eo non admittitur compensatio, nisi certis conditionibus, quæ spectantur partim in personis, partim in rebus, partim in tempore. Ex personis debitor prius prodeat. De eo generalis hæc definitio est: Omnem debitorem creditorem suum, eumdemque debitorem compensationis objectione removere posse, quacumque (*n*) actione pecuniaria agatur, sive in rem, sive in personam, etsi ea sit, quæ oriatur ex (*o*) maleficio. Duæ tantum actiones exceptæ, in quibus compensatio in totum non admittitur (*p*); depositi ne contra naturam contractus, & fidem datam ulla interponatur reddendi mora; item omnis actio, qua possessio rei alienæ perperam occupatæ (*q*) repetitur, quæ species nullam aut retinendi, aut compensandi probabilem causam habet. Ad creditores quod attinet, & hi omnes compensationi sunt obnoxii, etiam Respublica, & Fiscus; sed his quibusdam in causis ad publicam utilitatem pertinentibus necessitas compensationis remittitur, quæ particulatim collectæ hæ septem (*r*) esse reperiuntur. Primo in compensationem non veniunt (*ſ*) tributa, & vectigalia. Secunda causa huic proxima est, si quis quid debeat ex causa (*t*) annonaria, sive annonæ publicæ. Tertia est, si quis debitor sit ex calendario civitatis, in quod pecuniæ mutuæ ad Calendas fœnori datæ referebantur. Quarta, si quis debitor sit alimentorum, quæ a Republica pauperibus præstabantur. Quinta, si fideicommissum Civitati debeatur. Sexta, si quis debitor sit ejus pecuniæ, quæ statutis sumptibus deservit, puta quæ destinata est ad solvenda stipendia iis, qui Reipubl. operam navant. Septima, & postrema, in pretio rei a Civitate, aut Fisco (*u*) emptæ. Adde & illud, quod in causa fiscali, quæ ab una (*x*) statione debentur, contra aliam stationem compensationem non admittant, ne extra superiores quidem causas, quod jus propter confusionem officiorum in Fisci stationibus tenaciter (*y*) servandum est. Non idem placuit in pluribus stationibus tutorum, quamvis divisa administratione. Et vero æquitas non patitur, ut propter officium, & personam agentis compensatio differatur; nam divisio tutelæ, quæ non juris, sed jurisdictionis est, modum administrationi facit, & inter ipsos tutores locum habet; cum pupillo autem experiri volentibus obstare non debet (*z*).

In rebus ad compensationem pertinentibus hoc exigitur, ut quantitas, seu pecunia utrinque debeatur. Hac definitione tria complectimur ad compensationem necessaria. Primum est, ut quantitas cum quantitate, seu pecunia cum pecunia (*a*) pensetur; omnino enim probamus sententiam vulgo receptam: neque speciem reo debitam, cum pecunia ab eo petita, neque pecuniam illi debitam cum specie ab eo petita compensari posse; multoque minus (*b*) speciem cum specie. Quod ergo supra dictum, compensationem in omnibus actionibus opponi posse, sic erit perpetuo accipiendum, ut in actionibus tum in rem, tum in personam, quibus certa species petitur, ita demum compensationis locus sit, si pro re pecunia præstari debeat; ut accidit, cum te dolo,

(*m*) *l. 1. ff. hoc tit.* Constat autem compensare, ut & simplex pensare dictum esse a pendendo. Pendere autem, auctore Festo, significat pecuniam solvere; ab eo, quod cum ære gravi initio Romani uterentur in solutionibus, id adpendebant, non numerabant, unde pensiones, & pensitationes publicæ. Don. ad §. *in bonæ*, 30. *circ. fin. Inst. de act.*

(*n*) *l. 2. l. ult. C. hoc tit. d.* §. 30. *Inst. de act. l.* 10. §. *ult. ff. hoc tit.* nisi aut persona agentis, aut res debita impediat, ut paulo post intelligetur.

(*o*) *d. l.* 10. §. *pen.* Inde dictum, eos, qui se mutuo deceperunt, invicem de dolo non agere. *l. ſi duo*, 36. *de dolo*. Item paria delicta mutua pensatione dissolvi. *l. viro*, 39. *solut. matr.*

(*p*) *d. l. ult. C. hoc tit. d.* §. 20. *Inst. de act.*

(*q*) *d. l. ult.* Siquidem vim comprobare adversus bonos mores est. *l. nihil*, 116. *de reg. jur.* Don. *dict. loc.* n. 10.

(*r*) Quæ omnes sunt in *l. 3. C. hoc tit.* excepta postrema, quæ præter duas priores, & penultimam est in *l. aufert*, 47. §. *ut debitoribus. de jur. fisc.*

(*ſ*) Quippe quorum solutio denegata damnum Reipubl. adferre potest.

(*t*) Ad quam causam referri debet negotium copiarum expeditionis tempore mandatum, cujus meminit Pap. in *l. ob negotium*, 20. *hoc tit.* de quo consule Duar. 1. *disp.* 25.

(*u*) Quæ causa idcirco pensationem non admittit, quia non solent res a civitate vendi, nisi ob res necessarias, quum dilatio civitati damnosa sit.

(*x*) Proprie stationes dicuntur loca, ubi ministri Fisci stant, & consistunt ad rei Fisci administrandas. Hic figurate ipsi ministri, qui portoriis, & vectigalibus exigendis præsunt, & sine figura stationarii dicuntur. *l. 5. C. de vect. & comm.* Sic Officio pro officialibus, ministeria pro ministris dicta alibi legimus.

(*y*) *l. 1. C. hoc tit.* cui hoc addit Don. *ibid.* quod facile fieri posset, ut a statione, quæ debet, ignorante compensationem cum alia factam, iterum compensatio exacta admittatur, unde Reipub. creditur periculum.

(*z*) Collectio Pap. in *l. inter*, 36. *de admin. tut.*

(*a*) *l. 4. C. hoc tit.* Idque etymologia verbi satis confirmat, quo nihil aliud, quam debita invicem pecuniæ contributio significatur.

(*b*) Nam si aliud pro alio invito creditore solvi non potest, nec compensari poterit; cum compensatio nec alia de causa debitorem liberet, quam quia pro solutione est. *d. l.* 4. At cum utrimque pecunia debetur, pensatione idem rependitur, quia præstatur tantundem. Plura Don. *dd. loc.*

dolo, aut facto debitoris amiſſa æſtimatio ejus deberi (*c*) cœperit. Secundum eſt, ut pecunia ſit debita. Debitum hic accipimus, & quod peti cum effectu poteſt, & quod natura debetur dumtaxat; quamvis enim quod ſummo jure debitum per (*d*) exceptionem removeri poteſt ad compenſationem non pertinet (*e*), naturale tamen debitum in compenſationem venire poteſt. Ceterum præſens debitum eſſe oportet; quod vero in diem debetur, non (*f*) ante penſari poteſt, quam dies venerit. Plane intra diem adjudicati exſequutionem datum compenſatio admittitur, quippe is dies obligationis dies non eſt, ſed humanitatis gratia tempus † indulgetur ſolutionis. Tertium eſt, ut hæc pecunia debeatur utrinque; primum ei, qui compenſatione uti velit; alii debitum in compenſationem (*g*) non venit. Deinde ut debeatur ab eo, cui compenſatio objicitur: nam incognitum eſt alii compenſationem objicere, quam ei, a quo per eam liberari (*h*) volumus. Ad extremum partis quoque compenſatio admittitur, ut ea fiat uſque ad concurrentes debiti, & crediti quantitates (*i*).

De tempore obiiciendæ compenſationis ita jus eſt, ut ſi cauſa, ex qua compenſatio objicitur (*k*), liquida ſit, quovis tempore opponi poſſit, etiam poſt rem judicatam ante exequutionem (*l*) ſententiæ. Cauſam liquidam interpretramur, cum apertum eſt jus debitoris, qui ſibi viciſſim quid deberi intendit. Id ita fit, ſi cauſa debendi & juſta eſt, & vera, & talem eſſe vel in præſentia conſtet confeſſione adverſarii, vel celeriter, & expedite (*m*) probari poſſit. Si vero cauſa nec liquida ſit, neceſſe eſt exceptionem compenſationis initio litis (*n*) conteſtari. Hæc ita, niſi compenſatio in alia petitione jam ante objecta ſit (*o*).

Admiſſæ compenſationis gemina poteſtas, ut pro ſolutione (*p*) ipſo jure habeatur, propterea quod & ipſa numerationem quamdam brevi manu continet, ut habeatur ex eo tempore, ex quo utrinque deberi pecunia cœpit. Id vero noſſe, cum ad alias res apprime utile eſt, tum ad acceſſiones rerum debitarum, quæ ex eo tempore ſublatæ eſſe (*q*) intelliguntur. Sed quæcumque vis eſt compenſationis, ea conſtituta eſt debitori, qui compenſatione uſus eſt; ſin minus, tantum ſalva ei manet vetus † petitio. Quid ſi Judex, contempta penſationis objectione, debitorem condemnaverit? adhuc dicendum eſt, ſalvam manere petitionem; utique ſi ſolum rationem compenſationis oppoſitæ non habuerit; ſin autem reprobaverit eam, obſtabit compenſare volenti rei judicatæ exceptio (*r*).

CAPUT LXXI.

Quæ obligationes quibus conditionibus ſolo reorum conſenſu diſſolvantur; atque inibi in diem addictione, & de lege commiſſoria.

PRima ratio tollendæ obligationis opera, & facto reorum ſic eſt in ſolutione, & iis factis, quæ vice ſolutionis funguntur. Secunda ſpecies ejuſdem generis eſt conſenſus reorum. Conſenſu reorum diſſolvitur obligatio, cum utriuſque eorum voluntate ab obligatione receditur. Ajo diſerte utriuſque: nam unius voluntas ad diſſolvendam jure communi obligationem non valet; ſiquidem traditum eſt, initio quidem liberam cuique poteſtatem eſſe habendi contractus; at obligationi ſemel conſtitutæ renunciare adverſario non conſentiente neminem (*ſ*) poſſe. Sed jure inquam communi; nam in mandato, & ſocietate proprio quodam jure aliud receptum eſt, ut demonſtrabitur cap. ultim. inter ceteras liberationes generis ejuſdem. Non quovis autem conſenſu

quævis

(*c*) Sicut de actione in rem ſcriprum eſt in *l.* 15. §. *ult. de rei vind.*

(*d*) Videlicet pacti, rei judicatæ, aut jurisjurandi *l. quæcumque. h. t. de compenſ.*

(*e*) *l.* 6. *eod* Item quod non ex obligatione proficiſcitur, ſed officio Judicis accedit. *l.* 15. *eod.* ea quoque, de quibus jam lis conteſtata eſt; ne diligentioris conditio deterior ſit. *l.* 8. *eod. argum. leg. non ſolet*, 83. *de reg. jur.*

(*f*) *l.* 7. *hoc tit.* Cur ergo valet id debitum ad retentionem ſoluti? *l.* 10. *ff. de cond. ind.* Nimirum qui ſolvit, volens ſolvit; compenſatio autem obiicitur invito.

† Hoc Pap. in *l. cum militi*, 16. §. 1. *ff. h. t.*

(*g*) *l.* 9. C. *eod.* ne volente quidem eo, cui pecunia ab eodem creditore debetur. *l.* 18. §. 1. *ff. eod.* in quo iterum diſtat compenſatio a vera ſolutione. Procurator autem in rem ſuam datus æquitate compenſationis utitur ejus pecuniæ, cujus actiones ei ceſſæ ſunt. *d. l.* 18. *in pr.* Item filiusfamil. ſocius penſare poteſt, quod patri ex cauſa debetur. *l.* 9. § 1. *eod.* quia unus hic contractus eſt, & obligatio patri quæſita.

(*h*) Exemp. in *l.* 16. *in pr. & l. pen. hoc tit.*

(*i*) *l.* 4. C. *l.* 11. *&* 19. *ff. eod.* Nec movere debet, quod diximus partis ſolutionem invito creditore non admitti; nam in compenſatione cum altera pars jam apud creditorem ſit, & ab eo retineatur, perinde haberi debet, ac ſi eam volens accepiſſet.

(*k*) *l. ult.* C. *hoc tit.* §. 30. *Inſt. de act.* olim objici poterat etiam ex cauſa non liquida.

(*l*) Nempe quia pro ſoluto eſt. *l.* 2. C, *eod.*

(*m*) Vid Menoch. *arbitr.* 14. Don. ad *d.* §. 30. *n.* 8. *& ad d. l. ult. n.* 7. *&* 8.

(*n*) *Arg. l.* 8. *& ſeq.* C. *de except.* Don. *dd. loc. numer.* 9.

(*o*) Nam ſi cui petitioni ſemel ſpecialiter, deſtinata eſt, in ceteris non objicitur. *l.* 23. *hoc tit.*

(*p*) *l.* 4. C. *eod. l.* 10. *in pr. l. poſteaquam*, 21. *ff. eod.* add. hic Cujac. 8. *obſerv.* 16.

(*q*) *d. l.* 4. C. *d. l.* 4. *l.* 11. *& ſeq. ff. eod. l.* 43. *de ſol.* Prodeſt item jus compenſationis ad hoc, ut qui compenſare poterat, ſi ſolverit, condicere poſſit, tamquam indebito ſoluto. *d. l.* 10. §. 1. etiamſi natura tantum invicem debebatur, quod ſuperioribus eſt conſequens.

† *l.* 2. *& l.* 3. *hoc tit.*

(*r*) Diſtinctio Ulpian. in *l.* 7. §. 1. *eod.*

(*ſ*) *l.* 5. C. *de obl. & act.* ac ne ex reſcripto quidem Principis. *l.* 3. C. *de reſc. vend.*

quævis solvitur obligatio, sed alias consensu nudo, alias cum aliud quid ad consensum accesserit. De quo ex genere obligationis statuendum. Nam quæ obligationes aut sola æquitate nituntur, aut nudo constant consensu, sola etiam æquitate, & consensu contrario dissolvuntur; ceteræ vero non aliter, quam si quid aliud ad consensum accesserit. In quo ordinem sequimur naturæ; cum nihil tam naturale sit, quam ut eo modo unumquodque dissolvatur, quo colligatum est, rebus in contrarium (t) actis. Obligationum igitur, quæ solo consensu dissolvuntur, duo sunt genera; naturalis omnis, & civiles eæ, quæ nascuntur ex iis contractibus, qui solo consensu fiunt. De naturali obligatione traditum est, eam (u) justo pacto, aut jurejurando (x) ipso jure tolli; atqui hoc nihil aliud est, quam tolli nudo consensu. Quamvis enim hæc obligatio etiam ex aliis causis, quam consensu nascatur, contracta tamen solo æquitatis vinculo sustinetur, quod contraria conventionis æquitate dissolvitur (y).

De civilibus nudi consensus obligationibus constans definitio est, eas omnes, ut nudo consensu contrahuntur, ita contrario consensu (z) dissolvi. Sed in eo duæ sunt conditiones. Prior hæc est, ut recedatur rebus integris; altera, ut sit etiam ea persona utriusque, ut uterque alterum possit liberare. Ut sit integra, duobus temporibus accidit: initio contractus semper: obligatione contracta interdum. Initio contractus, seu in negotio gerendo quæcumque conventio interponitur, ea servanda est, ut quæ legem contractui det, & pars ejus contractus (a) efficiatur. Quocirca si in re contrahenda convenerit, ut certa conditione ab emptione, aut similibus contractibus recedere liceat, conventio hæc non minus servanda est, quam ceteræ, quæ in continenti adjiciuntur, & existente quandoque conventionis conditione (b) resolvetur obligatio. Conventiones hujus generis sunt: ab emptore, si res vendita intra certum tempus displicuerit, ut liceat (c) reddere: a venditore pactum de retrovendendo, ut venditori, hæredive ejus quandocunque, vel intra certum tempus pretium (d) referenti res vendita restituatur; quarum pactionum vis diligenter observanda; nam si emptor pretium nondum solvit, venditor rem nondum tradidit, neuter eo nomine obligatus est; si vero ille pretium solverit, hic rem tradiderit, uterque actionem habet ad repetendum id, quod dedit, sive ex empto, sive (e) præscriptis verbis. Duæ conventiones ex hoc genere præcipue celebrantur: addictio in diem, & lex commissoria; de quibus operæ pretium est paulo accuratius disputare.

In diem (f) addictio his verbis transigitur: ille fundus centum esto tibi emptus, nisi si quis intra Kalendas Januarias proximas meliorem conditionem fecerit, quo res a domino abeat. Duo igitur dic quærenda: primum, quando conditio addictionis existat; deinde quis existentis sit effectus. Existit, ut verba ipsa ostendunt, si alius intra præstitutam diem meliorem conditionem attulerit. In eo sextuplex inest conditio, partim expressa verbis, partim ex sententia contrahentium admissa. Prima est si alius, & secundus emptor, nec (g) subdititius existat; extraneus is sit, an unus e contrahentibus nihil (h) interest. Secunda est, si is meliorem conditionem faciat. Melior conditio venditoris fieri intelligitur, aut quantitate, si quid pretio secundus emptor adjecerit, aut tempore, si maturiorem adferat solutionem; aut loco, si locus opportunior solvendo pretio dicatur; aut ex persona, si idonior accedat ad emptionem; aut denique priorum onerum sublevatione, si ematur levioribus conditionibus, quamvis pretio (i) viliori. Tertia conditio est, si intra diem vendi-

(t) *l. nihil tam naturale*, 35. *l. fere*, 153. *de reg. jur.*

(u) Idest, nudo quidem, sed licito; sicuti conventionem justam dicimus, quamvis nudam. *l. tale pactum*, 40. §. 5. *l. epistola*, 52. §. 2. *de pact.*

(x) *l. Stichum*, 96. §. 4. *de solut.* cui non obstat *l. si unus*, 27. §. 4. *de pact.* neque enim ibi quæritur de naturali obligatione per pactum tollenda; sed de ea, quæ, manente civili obligatione, per prius pactum de non petendo sublata erat: per posterius de petendo redintegranda, ut efficaciter agi possit. Hic si exceptio priore pacto quæsita in jure proponatur, posterius pactum eam non elidet ipso jure, sed per replicationem tantum; idque est, quod ibidem dicitur, in pactis factum versari.

(y) Ratio hujus liberationis propria reddita a Papin. in *d.* §. 4. *l.* 95. *de solut.*

(z) *l. ab emptione*, 59. *de pact.* §. *ult. Instit. quib. mod. tol. l.* 1. 2. C. *quando lic. ab empt.*

(a) *l.* 7. §. *quinimo de pact. l.* 10. *l.* 13. C. *eod. l.* 5. C. *de pact. int. empt. l.* 23. ff. *de reg. jur.*

(b) Hujusmodi conventionum exempla passim occurrunt in *d. tit.* C. *de pact. int. empt.* Huc pertinent quæ propriis titul. tractantur in C. *si manc. ita ven. si manc. ita fu. al. si serv. exp. ven. & in* ff. *de serv. exp.*

(c) *l.* 6. C. *de resc. vend.*

(d) *l.* 2. C. *de pact. int. empt.* de quo genere pacti consule Don. ad *d. l.* 2. Cail. 2. *obs.* 16. Gom. 2. *res.* 2. *num.* 27.

(e) *d. l.* 6. & *d. l.* 2. At cur, cum hic actio sit ex contractu certo, & nominato, placet præscriptis verbis dari contra *l. l.* 1. 2. & 3. *de præsc. verb.*? Dicemus eam, quæ in vetere dubitatione sola interim admissa fuit, etiam postea quæstione decisa in his speciebus mansisse. *l.* 4. *in pr. de leg. com.*

(f) *l.* 1. *de in diem addict.* Ducta appellatio ab hastis, sive publicis auctionibus, in quibus res addicebatur post viginti dies pretium augenti. *l.* 4. C. *de fid. & jur. hast. fisc. lib.* 10.

(g) Idest, quem venditor subjecit. *l.* 5. §. *cum igitur. l.* 14. *de in diem add.*

(h) Conventio enim servanda est. *l.* 13. §. *ult. l.* 18. *eod.*

(i) *d. l.* 4. §. *ult.* Et generaliter, quid adfertur ad utilitatem venditoris, id meliorem conditionem facit. *l.* 3. *eod.*

venditor vivat, aut ei mortuo hæres ante diem (*k*) existat. Quarta est, si primus emptor de conditione meliore allata certior factus a venditore (*l*), nihil ipse adjecerit. Quinta, si venditor meliorem conditionem allatam admiserit; sin ea (*m*) adjecta priorem sequutus erit, manebit vetus emptio; nisi nominatim convenerit, ut liceret (*n*) resilire emptori meliore conditione allata. Sexta est, si non item posteriori emptori res in diem addicatur; nam qui secundo emptori iterum addicit in diem, declarat sibi non esse meliorem conditionem allatam: sed tamen & hoc ita, nisi aliud nominatim (*o*) actum sit. Existentibus his conditionibus rescinditur venditio, & res fit inempta. Effectus rescissionis, ut res ipso jure absque ulla traditione retro ad venditorem (*p*) redeat, eamque vindicare a quocumque possessore possit; est & ex empto actio adversus venditorem, qua cogatur & rem ipsam, & commoda omnia, quæ ex eo tempore, ex quo emptio finita est, ad eum pervenerit (*q*), restituere. De medii temporis commodis, & incommodis ambigi potest. Sed cum fundo in diem addicto emptio pure contrahi intelligatur, & sub conditione resolvi, nisi quid aliud (*r*) actum sit, dubitare non oportet, quia ad venditorem interim commoda, & incommoda pertineant ex lege (*s*) communi perfectarum emptionum. Ceterum hoc ipsum non aliam vim habere potest, quam ut, si conditione addictionis deficiente emptio perseveret, ea omnia cum (*t*) effectu emptorem sequantur. Existente vero conditione, ut res fit inempta, ita & fructus, & quidquid inde vel medio tempore ad emptorem pervenit, id venditori restituere debet, consequuturus vicissim a venditore & pretium, si quid de pretio solvit, & immunitatem, si quid in rem emptam impendit; idque aut retentione fructuum, aut si hi non sufficiant, actione ex empto (*u*).

Addictioni in diem proxima est lex (*x*) commissoria, iisdemque regulis juris consistit; nam ut in diem addictione, sic lege commissoria pure contrahitur emptio, & resolvitur (*y*) sub conditione, nisi quid aliud diserte placuerit. Tantum dissimilis est utriusque conventionis conditio. Lex commissoria est, cum quid ita venditur, ut si ad diem pretium solutum non fuerit, res sit inempta. Ex hac lege resolvitur emptio duabus conditionibus. Prior verbis exprimitur, si pecunia ad diem soluta non erit. Manebit igitur emptio, si pecunia ad diem soluta sit; sin minus, ipso jure sine alia (*z*) interpellatione dissolvitur. Solvisse autem quoad potestatem legis commissoriæ etiam eum accipimus, qui pecuniam † obtulit, aut cum solvere paratus esset, neminem habuit, cui (*a*) offerret. Altera conditio est, si commissoriam exercere venditor (*b*) velit. Ductum hoc ex sententia legis, & contrahentium; etenim ex fine (*c*) conventionis satis apparet, legem venditoris causa adjici; quapropter si velit, lege uti poterit; sin juri suo malit renunciare, res non erit inempta. Enimvero si commissoriam semel (*d*) elegerit, non poterit postea variare. Effectus commissoriæ plane (*e*) idem, qui addictionis in diem, nisi quod emptor, si quid arrhæ nomine dederit, amittat (*f*).

Contracta jam obligatione accidit, ut res adhuc sit integra, ac proinde consensu solo ab obligatione discedi possit, si nihil dum præsti-

(*k*) Quod hac ratione veteribus placuit; quoniam non potest intelligi melior conditio allata, quæ domino placeat, cum is, qui vendat, non existit. *l.* 7. & 8. *eod.*

(*l*) Non enim videtur melior conditio, quam emptor adjectione superat, quod ex conditione licet. *l.* 7. & 8. *eod.*

(*m*) Potest enim eam non admittere. *l.* 9. *eod.* utpote cujus solius gratia adjecta intelligitur. Ea autem semel admissa, a priore emptione recessum est, etiamsi is, qui pretium auxit solvendo non sit, aut civiliter non teneatur. *l.* 14. §. 2. & 3. *eod.*

(*n*) Nam tum emptoris causa conditionem adjici palam est. *d. l.* 9.

(*o*) Sententia *l.* 11. *in pr. eod.*

(*p*) Non tamquam rursus acquisita venditori, sed quasi nunquam emptoris facta, deficiente videlicet titulo, quo translato nitebatur. *l.* 31. *de acquir. rer. dom. l. si quis*, 41. *de rei vend. arg. l.* 4. C. *de pact. int. empt.* ita & Fab. 22. *err.* 10.

(*q*) *l. Imperator*, 16. *in diem add.*

(*r*) *l.* 2. 3. & 4. *in pr. eod.* Scilicet; ut emptio sub hac conditione contraheretur, si alius meliorem conditionem non faceret.

(*s*) *d. l.* 4. §. *cum autem*. *Inst. de empt.*

(*t*) *d. l.* 2. *in fin. l.* 3. & 6. *eod.*

(*u*) *d. l.* 4. §. 4. *d. l.* 6. & *l.* 16. *eodem*. Dissent. Covarr. 3. *resol.* 9. *in fin.* qui fructus emptori tribuit, ubi emptio pure contracta sub conditione resolvitur.

(*x*) Dicitur lex, idest, pactum contractui adjectum temperandi contractus causa. *l.* 22. *l.* 33. *l.* 77. & *du. seqq. de cont. empt. l.* 10. C. *de pact* Dicitur lex commissoria, quia res empta committitur hac lege venditori; sicuti pœna, aut stipulatio conditionalis committi dicitur stipulatori, aut merces fisco, sicut ostendit Don. ad *l.* 4. §. *Cato*, *de verb. obl.*

(*y*) *l.* 1. & 2. *de leg. comm.*

(*z*) *l.* 4. §. *ult. eod.* cum debitor adjectione dici satis admoneatur. *l. magnam*, C. *magnam*, C. *de con. stip.*

(*k*) Multo magis ergo qui obsignavit. *d. l.* 4. *ult. l. ult. de leg. com.* Quamvis autem oblatio sola debitorem liberare non solet, faciat tamen, ne in pœnam futuri temporis incidat, quæ solutione pecuniæ vitaretur. *l.* 20. *de recep. arb.* vid. *sup. cap.* 70.

(*a*) *d. l.* 4. §. *ult.* Quod ex eo est, quod mera in re fieri intelligitur, ubi nemo existit, qui conveniatur. *l.* 23. §. *ult. de usur.*

(*b*) *l.* 2. & 4. *de leg. comm.*

(*c*) Adeoque absurdum, & iniquum foret, rem emptoris arbitrio permittere. *d. l.* 2.

(*d*) *l.* 2. *d. l.* 4. §. 2. sive verbis aperte, sive factis, ex quibus electio colligatur. Exemp. in *l.* 8. §. *ult. l. pen. eod. l.* 4. C. *de pact. int. empt.*

(*e*) *l.* 1. *d. l.* 4. *in pr. l.* 5. & *ult. d. t. de leg. commiss. d. l.* 4. C. *de pact. int. empt.*

(*f*) *l.* 6. *in pr. ff. d. tit. de leg. comm.* Haud dubie ideo, quia emptor sua die non solvens pecunia venditorem frustratur.

præstitum erit eorum, quæ ex natura contractus præstari debent; veluti, exempli gratia, si neque res a venditore tradita, neque pretium ab emptore (g) solutum est. Sin vero horum quid sequutum erit, solo consensu amplius effici non potest, ut ab emptione recedatur, obstante videlicet veteris juris regula, ex nudo pacto (h) actionem non nasci. Plane si quid arrhæ (i) nomine datum erit, aut fidejussor intervenerit, nihilominus res integra esse intelligitur, & nudo consensu ab obligatione recedi potest.

Altera conditio sumpta fuit ex personis contrahentium, ut ab emptione, & similibus contractibus nudo consensu rebus integris recedere liceat; si eæ personæ sint, quæ se mutuo liberare possunt; alioqui si unus tantum remittere obligationem poterit, manebit utriusque persona (k) obligata. Non solum autem consensu aperto superiores obligationes dissolvuntur, sed etiam tacito, quod in tribus hisce generibus a veteribus constitutum, si fundus certæ rei (l) contemplatione viliori pretio venditus est, nec fides promissi impleta; si unus alteri acceptum fecit, vel aliter eum (m) liberavit; si quis rem ab alio prius emptam rursus ab eodem pluris, aut minoris emat (n).

CAPUT LXXIII.

De novationibus.

JAm quæ obligationes solo consensu non dissolvuntur, cujusmodi sunt omnes reliquæ, excepta naturali, & civili nudi consensus, si re adhuc integra recedatur, tolluntur illæ quidem etiam citra solutionem consensu, sed nonnisi duobus hisce remediis intervenientibus, novatione, aut acceptilatione.

Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem, vel naturalem transfusio, atque (o) translatio. Ejus binæ (p) species: voluntaria una, altera necessaria. Voluntaria novatio est, cum nova obligatio novandi animo constituitur, sive id fiat per stipulationem, sive judicio nulla necessitate actionis suscepto. Per stipulationem novatio fit, cum creditor quod sibi debetur, vel aliud pro eo stipulatur, aut a debitore ipso, aut ab alio quovis novandi causa. Tria igitur in hoc novationis genere necessaria: obligatio nova, vetus, animus novandi. In nova obligatione, in quam veterem hic transferri volumus, hæc consideranda; stipulatio; conceptio stipulationis; res promissa; personæ novantium. Primum stipulationem hic exigimus, ut intelligatur sola (r) stipulatione qualemcumque obligationem novari, & in verborum obligationem transire, nudo autem (s) consensu nequaquam. Concipitur stipulatio aut pure, aut in diem, aut sub conditione. Si pure, aut in diem concepta est, statim prior novatur obligatio; quamvis ex posteriore agi non ante possit, quam (t) dies venerit; at si concepta sit sub conditione, non prius novatio contingit, quam (u) conditio exstiterit stipulationis. Quod si id, quod in diem, aut sub conditione debetur, pure promittatur novandi causa, perinde habendum est, ac si dies, aut conditio in priore stipulatione adjecta in posteriore (x) repetita foret. Res, quæ in novam obligationem deducitur, aut est eadem, quæ prius debebatur, aut aliud pro (y) ea; nam & aliud pro alio volenti creditori recte solvitur. Plane quæ res debitæ in alios transire non possunt, sed personæ nostræ (z) cohærent, qualis est ususfructus, in eas novatio cadere non potest. De personis hoc observatur: creditores omnes, quibus suo nomine recte solvitur, qui iidem liberam bonorum administrationem habent, etiam stipulando priorem obligationem tollere possunt; alioqui, nisi conditionem suam meliorem faciant, tutorum, aut curatorum (a) auctoritas interponi debet. Alius autem, quam ipse creditor novandi

(g) *l. ab emptione*, 58. *de pact. l.* 5. §. *ult. de resc. vend.* §. *ult. Inst. quib. mod. toll. obl.* Idem est, si restitutis iis, quæ ab initio præstita sunt, convenerit, ut a negotio discederetur. *d. l.* 58.

(h) Quod futurum esset, si liceret rebus non integris nuda conventione recedere. *d. l.* 58. *in fin.*

(i) *l.* 11. §. *is qui vina*, 6. *de act. empt. l.* 3. *de resc. vend.*

(k) Cujus rei ratio redditur in *l.* 1. *de resc. vend.* hæc, quod pro una parte contrahentium abiri pacto ab emptione non potest. Exem. in *l.* 5. §. 1. *d. tit.*

(l) *l.* 6. C. *de pact. int. empt.* Secus, si legi generatim dictæ paritum non est. *l.* 14. C. *de resc. vend.*

(m) Quasi & alter isto facto sit liberatus. *l.* 5. *in pr. ff. de resc. vend. l. ult. de accept.*

(n) Quod factum perinde habetur, ac si a priore emptione recessum sit. *l.* 2. *de resc. vend. l.* 7. §. *adeo. de pact.*

(o) *l.* 1. *ff. hoc tit.* Consule de hac definitione Gœd. *c.* 5. *de cont. stip. concl.* 7.

(p) Quæ indicantur in *l.* 11. §. 1. & *l. aliam*, 29. *hoc tit.*

(r) *d. l.* 1. §. 1. *l.* 2. *ff. l.* 3. *in fin. C. eod.*

(s) Ac ne contractu quidem alio, veluti mandato ut ostendit Gœd. *d. c.* 5. *concl.* 6. *n.* 40.

(t) *l.* 5. *l.* 8. §. 1. *hoc tit.*

(u) *d. l.* 8. §. 1. & 2. Ceterum non commissa stipulatione contingit, cum nulla nascatur obligatio, quæ novetur. *l. novatio*, 21. *eod.* exemp. in *l.* 14. *in fin. l. si rem*, 31. *eod.*

(x) *dict. l.* 14. §. 1. & *argum. l.* 5. *eod. l.* 11. *de accept.*

(y) Exemplum in *l. furtum*, 28. *hoc tit.*

(z) *l. si mulier*, 56. §. 1. *de jur. dot.* Exemp. apud Ulpian. in *l.* 4. *hoc tit.* Plane qui mandato meo ejusmodi jus mihi debitum alteri constituit, potest exceptione doli, aut in factum se adversum me tueri. *dict. l.* 4.

(a) *l.* 3. *l. novare*, 20. *ff. eod.* consimiliter, plane, ut fit in solutione.

vandi jus non habet, nisi is sit, qui aut pro domino habetur, aut voluntate creditoris rem administrat. Hinc placet, tutores, curatoresve, item (b) procuratores omnium bonorum, si hoc expediat, novare posse; multoque magis cui id nominatim mandatum; aut qui procurator in rem suam datus est (c).

Diversa ratio est personæ debitoris. Non solum debitor omnis, cui non est (d) interdicta rerum administratio, novandi causa utiliter promittit, sed etiam alius quivis pro eo. Nec quicquam refert, quis quo impellente promittat, aut quomodo obligationem novam suscipiat. Primum in persona inquam promittentis nihil interest, utrum (e) solvendo sit, nec ne, si modo sit (f) liber, & ea conditione personæ, ut verbis vel civiliter, vel naturaliter obligari possit: nam etsi pupillus sine tutoris auctoritate promiserit, prima tamen obligatio novationis jure tollitur translata in posteriorem; quæ licet inutilis sit, atque ad agendum inefficax, naturaliter tamen tenet, sufficitque novam personam (g) intervenisse. Secundo nihil interest, cujus impulsu extraneus promittat; utrum a debitore adhibitus, an sua sponte ad liberandum novatione debitorem accedens. Si debitor eum adhibeat, species novationis est, quæ delegatio dicitur; est enim delegare, vice sua alium † reum dare creditori. Propria hujus novationis obiter notanda sunt hæc duo: unum in facienda novatione, de quo hoc præcipitur; nec invito creditori quemquam; nec debitorem invitum creditori creditoris sui (h) delegari posse. Alterum in effectu novationis, ut delegatus sine ulla exceptione teneatur. Ultro si quis pro debitore promiserit, debitor etiam (i) ignorans, & invitus liberatur, perinde quasi pro eo solvisset. Denique non tantum stipulatione domine debitoris obligatio novari potest, sed etiam judicio sponte pro debitore suscepto (k).

Præter novam obligationem est etiam vetus, quæ in novam deducitur. De ea satis hoc in universum tenendum, omnem obligationem præcedentem quocumque modo ea contracta sit, verbis novari posse; dum ea in novam, verbo [illegible] obligationem deducatur novandi (l) causa. Nec quisquam existimet, cum hoc statuimus, contrarium id esse regulæ naturæ de solvendis obligationibus; nam in novatione, ut sæpe diximus, solutio quædam est (m).

Postremo in voluntaria novatione animus novandi exigitur. Ut maxime ergo vetus debitum in novam obligationem deducatur, tamen novatio non aliter fit, quam si hoc agatur, ut (n) novetur prior obligatio. Cum autem apud veteres (o) incerta esset hujus animi probatio, Justinianus apertissime definivit, non aliter novationem prioris obligationis fieri, quam si hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit, se novandi animo, & prioris obligationis tollendæ causa posteriorem (p) interponere; alioqui & manere pristinam obligationem, & secundam ei accedere (q).

Effectus hujus novationis duplex: novæ obligationis constitutio, & prioris debiti liberatio: De nova obligatione hoc præceptum esto: Posteriorem debitorem ex ea ita teneri novo creditori, ut quam exceptionem adversus creditorem suum priorem habuit, ea adversus posteriorem (r) non utatur; nisi forte causa ex-

ceptio-

(b) d. l. 20. §. 1. l. ult. §. 1. eod. Hujusmodi autem procuratoribus similes sunt in debito peculiari servus, & filiusfamil. quibus peculii administratio concessa est. d. l. ult. in pr.

(c) Arg. l. 27. §. ult. de jurejur. Qui vero in hoc numero non sunt, novare neutiquam possunt. l. 3. l. 23. C. de past. ne is quidem, cui alias solvi potest. l. 21. & 25. hoc tit. unde intelligitur temperandam esse l. 10. eod. cum Gothofr. ibid.

(d) Nam pupilli, adolescentes, prodigi promittentes quod debent, obligationem novare non possunt, nisi meliorem conditionem suam faciant. l. 3. eod.

(e) l. inter, 26. §. 2. ubi & ratio ff. mand.

(f) Servus enim novationis non est capax; §. præterea. Inst. quib. mod. tol. obl. quippe nec intercessionis. l. 3. §. 5. & 6. de pecul. cujus species quædam est novatio. l. 1. §. ult. ad Vellej. Rationem obiter reddidi cap. 63. sup.

(g) d. l. 1. in fin. d. §. præterea. Inst. quib. mod. toll obl.

† Idest, alium debitorem, qui translata a nobis obligatione, se substituat. l. 11. hoc tit. l. 3. C. eod.

(h) l. 6. C. eod. Non obstat, quod nemo prohibetur actiones suas alii cedere invito debitore. d. l. 1. aliud enim est veteris debiti exactionem alteri mandare, aliud, vetere obligatione sublata, nova debitorem implicare, cui nemo nisi volens obstringitur. l. 5. C. de obl. & act. add. VVesemb. in par. hoc tit. in fin.

(i) l. 8. in fin. hoc tit. l. debitor, 91. de solut.

(k) Non si quis simpliciter tamquam absentis defensor litem alieno nomine suscipiat; sed si liti se obtulit, ut obligationem suam faceret. l. 11. §. 1. hoc tit. de quo genere est in l. 23. de solut. l. 10. §. 1. de in rem vers. Planum est autem hanc esse speciem novationis voluntariæ.

(l) l. 1. & 2. hoc tit.

(m) Qualis est, cum pro eo, quod debetur præstatur aliud volenti creditori. leg. manifesti. Cod. de solut.

(n) l. 2. in fin. l. 8. §. 2. & ult. l. fundum, 28. ff. l. 3. in fin. C. eod.

(o) Cujus incertitudinis vestigia apparent in d. l. 8. §. 1. & deinceps.

(p) l. ult. Cod. hoc tit. §. præterea. Instit. quib. mod. toll. obl. Si quo igitur in loco ff. admittatur novatio sine aperta conventione, ut in l. 44. §. ult. de obl. & act. sciamus hujusmodi locis superiore constitutione, esse derogatum.

(q) d. l. 2. in fin. d. l. ult. C. eod. Sed cum sint obligationes unius rei, si ex una solutum erit, altera quoque continuo tolletur. d. l. 8. §. ult.

(r) Ne ea quidem, qua se delegatus tueri poterat adversus delegantem. Exemp. in l. 13. 19. & pen. ff. de novat. At enim ex cujus persona quis convenitur, ex ejus persona exceptionem objicere potest. l. 4. §. de auctore. de dol. exc. Esto. At delegatus convenitur non ex persona delegantis, sed creditoris, qui sibi, non deleganti debitum persequitur.

ceptionis eadem sit adversus novum creditorem, quæ adversus veterem fuit: ut puta delegavit quis mulierem, quæ apud se intercesserat, creditori suo, mulier huic creditori, quod ei a creditore suo debebatur, promisit: hic quia & in secunda promissione intercessio est, placet mulieri exceptionem Senatusconsultui (s) custodiri. De liberatione hoc fit constitutum: priorem obligationem novatione ita tolli, ut & incommoda omnia, quæ ejus obligationis fuerunt, simul (t) evanescant; qualia sunt hæc; mora facta periculum interitus rei debitæ; pœna veteri obligatione promissa; usuræ eadem causa debitæ, privilegium, quod prioris actionis fuit. De pignoribus, & fidejussoribus, quin simul liberentur, nulla dubitatio est (u).

Novatio necessaria est, quæ fit per litis (x) contestationem interpositam cum ipso debitore; nam & hoc modo inducitur nova obligatio, quæ judicio contrahitur, in quam prior, quæ sæpe tollitur, transferatur. Species hæc novationi superiori longe dissimilis, sive causas utrinsque spectes, sive vim, & potestatem.

Illa fit inter consentientes aut stipulatione, aut judicio quidem, sed si agatur cum eo, qui nomine debitoris se liti obtulit; ideoque voluntaria est; hæc per litis contestationem dumtaxat, sed si agatur cum ipso debitore: quæ idcirco necessaria est, quia judicium in invitum redditur. In illa animus novandi utriusque contrahentium spectatur; in hac creditoris (y) tantum. Effectus illius; ut vetus obligatio penitus tollatur, nec quidquam remaneat; hæc eatenus tantum fit, quatenus expedit creditori, & conditionem suam meliorem facit, alioqui & ipsa vetus actio, & commoda ejus creditori (z) salva manent, ne deterior fiat conditio litem (a) contestantis. Causæ autem, in quibus creditori judicio cum debitore agenti expedit novationem fieri, tres occurrunt. Prima est in petitione unius ex duobus reis stipulandi; namque unius petitione totam solvi obligationem placuit, novamque judicati acquiri (b) agenti. Altera est in perpetuanda actione adversus hæredes: siquidem omnes actiones, quæ morte, aut tempore pereunt, semel inclusæ judicio salvæ (c) permanent. Tertia est in usuris rei judicatæ, ut creditor ex causa judicati consequatur usuras centesimas, quæ ob moram debitori condemnato post tempora judicati infliguntur (d).

CAPUT LXXIV.

De acceptilatione.

Alterum remedium, quo interveniente sine ulla naturali rei præstatione obligatio ipso jure consensu dissolvitur, est acceptilatio. Acceptilatio est verborum (e) conceptio, quibus creditor, cui verbis quid promissum est, rogatus a debitore, an id, quod ita debetur, acceptum habeat, faciat, ferat, respondet sese acceptum habere, facere. In hac definitione continentur quatuor illæ causæ, quibus ut res ceteræ, ita & acceptilatio constat; efficiens, materia, forma, finis. Causa efficiens est in personis interrogantis, & acceptum ferentis. In his cum de potestate liberandi quæritur, longe aliud hic observatur, quam in solutione. Solutum (f) accipiendo, tam extraneus quivis, qui modo potestate creditoris in eo utatur, quam ipse creditor debitorem liberat, sed etiam si quivis pro (g) eo, quamvis ignorante, & invito. Utrumque contra in acceptilatione. Nemo omnino præter ipsum creditorem, & eum quidem, cui rerum administratio non est adempta, debitorem, acceptilatione liberare (h) potest; nec si tutor sit, aut (i) procurator, cui hoc speciatim permissum; propterea quod acceptilatio actus est legitimus, qui per alium expediri non potest. Sed hi, quod recta non possunt, obliqua via consequuntur remedio novationis, qua interposita, accepto deinde facere non

(s) Idemque est in minore, qui circumscriptus delegatur. *l. 19. eod.*

(t) Ut videre est in *l. 8. l. 15. & 18. l. tutor, 27. l. aliam, 29. eod.*

(u) *d. l. 18. V. omnibus speciebus. de obl. & act.*

(x) *d. l. 29. l. ult. in pr. C. de usur. rei jud.* Adhibe hic Ant. Fab. 16. *conject.* 14. Pet. Fab. ad *l. non solet, 86. & seqq. de reg. jur.* Goedd. *c. 5. de cont. stip. concl.* 8. *n.* 76. *& seqq.*

(y) Manifestum enim est. *l. ult. Cod. hoc tit. item §. præterea Inst. quib. mod. toll. obl.* pertinere tantum ad voluntarias novationes.

(z) Exempli gratia, pignus. *l. 11. in pr. l. 13. §. 4. de pign.*

(a) Contra regulas juris civilis. *l. non solet, 85. & seq. de reg. jur.*

(b) *l. 2. de duob. reis.* Hinc fit, ut alteri deinde offerendo promissor nihil agat. *l. 16. d. tit.* Planum igitur est, hoc modo novari, & tolli priorem obligationem.

(c) Et ad hæredes transmittuntur. *§. 1. Inst. de perp. & tem. act. l. omnes, 26. de obl. & act. l. ult. in fin. de fidejuss. tit.* Non transmittuntur autem veteres, quæ pœnales sunt ex delicto; relinquitur ergo, ut transeat novas judicari.

(d) Atque hactenus novatio prioris obligationis pro commodo actoris inducitur. *l. ult. in pr. C. de usur. rei jud.*

(e) Est enim genus liberationis, quod verbis sine solutione perficitur. *l. 8. 3. hoc tit.* Errant autem manifeste, qui genus acceptilationis faciunt stipulationem; nam stipulatio contractus est, acceptilatio distractus; in illa interrogatus daturum se respondet; in hac creditor acceptum fert.

(f) Et novando. *l. 12. l. 14. §. 1. l. antep. de solut. l. novare, 20. de novat.*

(g) *l. 23. l. solvere, 53. de solut.* eademque & novationis vis est. *l. si debitor, 91. d. tit.*

(h) *l. 13. §. pen. hoc tit.* nec obstat *l. 3. eod.* ut mox demonstrabitur.

(i) *d. l. 13. §. pen.* Ratio subjecta petita est ex *l. act. actus, 77. de reg. jur.* Brisson. 2. *de solut. fere in pr.* add. Pet. Fab. ad *d. l. 77. & lib. semest.* 22.

non (*k*) prohibentur. Ut præter creditorem nemo acceptum facere, ita liberari acceptilatione, nisi debitor ipse per se, nemo potest; usque adeo, ut nec tutori, aut procuratori hæc liberatio permittatur, nisi adhibito remedio (*l*) novationis. Soli hic excepti, qui sunt in potestate debitoris (*m*).

Materia, sive res, quæ in acceptilationem deducitur, est debitum verbis ante contractum. Primum, nisi acceptum feratur id, quod vere debetur, acceptilatio (*n*) nulla est; ac de eo non tam ex verbis acceptilationis, quam ex re (*o*) statuendum est. Dum autem debitum sit, totum, an pars accepto feratur, ad acceptilationem nihil interest; nam & pars earum rerum, quæ (*p*) natura sua divisionem recipiunt, accepta ferri potest, ut pro ea parte (*q*) contingat liberatio; quamvis alioqui obligatio conditione sua divisionem (*r*) non admittat. Præter debitum si quid amplius adjiciatur, non vitiabitur quidem acceptilatio, sed adjectum nullius erit momenti. Secundo id debitum solum accepto ferri potest, quod verbis contractum est; nam cum acceptilatio verbis conficiatur, consequens est regulæ juris, solas verborum obligationes acceptilatione (*s*) posse tolli. Cetera debita, quæ non ex verborum obligatione veniunt, per stipulationem novantem in verborum obligationem sunt convertenda, deinde contracta mox verborum obligatio acceptilatione perimenda. Stipulatio hæc Aquiliana vulgo dicitur, propterea quod Gallus Aquilius (*u*) formulam ejus primus concepit.

Forma acceptilationis est superior verborum conceptio. Verba in ea conceptione, interrogatio (*x*) debitoris, & creditoris responsio; non utique quælibet: nam & stipulatio verborum conceptio est ex interrogatione, & responsione mutua constans, sed quæ liberationi conveniat; qualis est ea, quæ superiore definitione continetur. Illud diligenter in forma acceptilationis observandum, ne concipiatur in diem, aut sub conditione, alioquin nullius momenti erit acceptilatio, quippe quæ exemplo solutionis liberare (*y*) solet. Plane quod in diem, aut sub conditione debetur, pure acceptum ferri potest, quamvis eadem huic acceptilationi tacite intelligantur, ac proinde non prius valeat, quam si conditio exstiterit, aut dies venerit; nam quæ tacita insunt, non solent viciare voluntatem, quamvis eadem, si expressa essent, nocerent (*z*).

Finis acceptilationis hic, ut debitor liberetur, quod & acceptilatione recte interposita (*a*) contingit; cujus vi, tamquam solutione, tollitur obligatio. Ex eo sunt (*b*) hi effectus. Primum si ex pluribus obligatis uni acceptum feratur, omnes liberantur; & vice versa acceptilatione unius ex reis stipulandi tota tollitur obligatio. Item reo principali acceptilatione liberato, liberantur simul & accessiones. Denique liberato fidejussore, ipse reus quoque liberatur, nisi rei sub conditione debitæ fidejussor accesserit, qua pendente (*c*) acceptum feratur. Sed hæc de utili acceptilatione dicta sunt. Inutilis vero debitorem ipso jure non liberat, sed utile tantum (*d*) pactum habet ad debitorem per exceptionem liberandum, nisi in hoc quoque contra (*e*) sensum sit, aut quid aliud impediat. Quid enim si creditor accepto tulerit quod non erat in obligatione? Quid si pupillus sine tutoris auctoritate? Quid denique, si extraneus nomine creditoris (*f*)?

(*k*) *d. l.* 13. §. *pen.* Quid ergo est, quod Paul. ait in *l.* 3. *hoc tit.* procuratorem nec liberare acceptilatione, nec liberari posse sine mandato? Nempe mandato interveniente posse, sed præcedente novatione, juxta *d.* §. *pen.* Correctio igitur Hotomanni, de qua Gothof. *ibid.* non est necessaria.

(*l*) *d.* §. *pen.* Verba *l.* 5. *ff. de accept. solutionis exemplo acceptilatio solet liberare*, negotium non facessent, si de acceptilatione justa, non de vitiosa accipiantur.

(*m*) *l.* 8. §. 1. *l.* 11. *in pr. &* §. 2. *eod. arg. tot. tit. Inst. per quas pers. cuiq. acq.*

(*n*) *l.* 6. *in fin. l.* 13. §. 2. *&* 5. *l.* 14. *hoc tit.*

(*o*) Exempla in *d. l.* 13. §. 4. *&* §. *si Stichum.* item in *l. qui hominem*, 17. *eod.*

(*p*) Secus si non recipiant, ut servitus prædii rustici, vel urbani. *d. l.* 13. §. 1.

(*q*) *l.* 9. *&* 10. *d. l.* 13. §. 2. *eod.* §. 1. *Inst. quib. mod. toll. obl. in fin.*

(*r*) Exemplum in *d. l.* 17. in solutione contra est. *l.* 2. §. 1. *de verb. obl.* discriminis rationem indicavi *c.* 36.

(*s*) *l.* 15. *hoc tit. l.* 1. §. *pen. de verb. obl.*

(*t*) *l.* 8. §. 3. *l.* 19. *hoc tit. l.* 35. *de reg. jur.*

(*u*) Quæ extat in *l.* 18. *hoc tit.* item in §. 2. *Instit. quib. mod. toll. obl.* ejus frequens usus est in transactionibus.

(*x*) §. 5. *Inst. de tit. l.* 7. *ff. hoc tit.* Atque unus semper debitor in acceptilatione interrogat, nunquam creditor, etsi præcedat novatio, in qua interrogat creditor, nam novatio species est diversa ab acceptilatione. Quomodo igitur defendimus verba Icti in *l.* 1. *eod.* liberatio per mutuam interrogationem? nimirum mutuam interrogationem dici abusive, quæ in se quidem una est, sed mutuam habet, & subsequentem responsionem, tamquam partem præcedentis interrogationis. Diss. Cujac. 5. *obs.* 36. Hotom. 3. *obs.* 18. qui eam tantum speciem definiri contendunt, quam præcedit stipulatio Aquil.

(*y*) *l.* 4. *&* 5. *ff. hoc tit.* & quia actus legitimus, 77. *de reg. jur.* Eleganter hoc explicat Briss. 2. *de sol. tit. de accept.*

(*z*) *l.* 12. *hoc tit. d. l.* 77. *de reg. jur. l. expressa*, 195. *eodem.*

(*a*) *l.* 1. *&* 5. *hoc tit.* §. *Inst. quib. mod. toll. obl.* Quod autem Modest. ait in *d. l.* 1. utriusque contingere ab eodem nexu solutionem, id in debitore accipiemus passive, active in creditore, scilicet solvendo debitorem eo nexu, quo is a creditore nectitur.

(*b*) Qui traduntur in *l.* 8. §. *ult. l.* 11. *l.* 13. §. *si fidejussor. &* §. *ult. l.* 16. *in pr. & ult. hoc tit.*

(*c*) *d. l.* 13. §. *legatorum*, *& seq.*

(*d*) Unde exceptio pacti, vel doli mali. *l.* 8. *in pr. l.* 19. *eod. l. si unus*, 27. §. *pen. de pact.*

(*e*) *d. l.* 6. ubi exempl. *d. l.* 8. *l.* 14. *hoc tit.*

(*f*) Absurdum esset existimare, tacita conventione effici posse, quod non potest aperta.

CAPUT LXXV.

De liberatione per exceptionem.

ADhuc primum genus liberationis fuit, quo ipso jure tollitur obligatio, & debitor liberatur. Alterum superest, quo debitor summo jure obligatus liberatur per exceptionem, seu tuitione Prætoris. Exceptio est defensio rei, quæ actioni, alioqui jure constitutæ, opposita hanc ipsam æquitate sua (*g*) excludit. Non omnis vero exceptio debitori ad liberationem prodest. Quædam enim sunt temporales tantum, & dilatoriæ, quæ cum actionem tantum differant, & rejiciant in aliud tempus, satis apparet, eas, quæ sunt hujus generis, debitorem non liberare. Aliæ perpetuæ sunt, & peremptoriæ, quæ ut semper agentibus obstant, actionemque perimunt; ita & solæ ad liberationem, qua de agimus (*h*), pertinent. Genera harum exceptionum sunt duo, causis suis distincta; nascuntur enim aut jam ab initio in obligatione contrahenda, aut postea existunt. In obligatione contrahenda ex duabus causis, quarum altera ex persona contrahentium sumitur; altera ex re, quæ exceptionem suadet. Ex persona contrahentium sunt hæ duæ: exceptio Senatusconsulti (*i*) Macedoniani, & Vellejani. Ex re quatuor: ob metum illatum, exceptio quod metus causa, ex dolo, & circumscriptione adversarii, exceptio doli specialis: nam (ut hoc obiter moneam) generalis cum omnibus aliis exceptionibus (*k*) concurrit; ex errore (*l*) promittentis exceptio in factum, aut doli generalis; ob pecuniam non numeratam, exceptio non numeratæ pecuniæ, in qua hoc speciale, quod reus excipiens probatione non (*m*) oneretur.

Quæ postea existunt exceptiones, oriuntur & ipsæ ex justis causis. Justæ causæ hæ quatuor: remissio debiti; jusjurandum; res judicata; silentium diuturni temporis. Ex remissione debiti nascitur exceptio, aut pacti conventi, si debitor pactus est cum creditore, ne a se pecunia (*n*) petatur, aut legatæ liberationis, si testator, idemque creditor eam debitori (*o*) legaverit. Jusjurandum debitori exceptionem parit, si is creditore deferente juraverit, nihil se dare (*p*) oportere. Ex re judicata est exceptio, quæ dicitur rei (*q*) judicatæ, si debitor, cum quo judicio actum est, eo judicio sit absolutus. Diuturnum silentium affert debitori exceptionem, seu præscriptionem temporis, cum creditor intra tempora ad agendum (*r*) constituta non egit. De usu exceptionum in judiciis, deque earum effectu dicetur convenientius in parte posteriore, ubi de judiciis tractabimus; tantum res, & potestas liberandi attingenda fuit.

CAPUT LXXVI.

De propriis certarum obligationum liberationibus, mandati, societatis, duorum reorum accessionum.

EXplanati sunt modi omnes, quibus jure communi tollitur obligatio tum ipso jure, tum per exceptionem. Ad extremum eas quoque liberationes breviter perstringamus, quas diximus esse quarumdam obligationum proprias. Hujus generis obligationes sunt quatuor: mandatum; societas; duorum reorum obligatio; accessiones. Mandatum, præter communes illas liberationes, proprio jure solvitur partim ex persona mandantis, partim ex persona mandatarii. Ex persona mandantis dupliciter, voluntate ejus, & morte. Voluntate, cum mandatum re adhuc integra (*s*) revocatur, idest, cum nihil dum per causam mandati mandatario abest. Cur igitur mandatum hoc modo solvi dicimus, cum (*t*) traditum sit, neminem ab obligatione semel constituta invito adversario recedere posse? Nempe quia is, qui mandavit, quamdiu res adhuc integra est, obligatur quidem, certe non ad hoc, ut quod semel mandavit, perfici (*u*) patiatur. Cur enim, quod sua causa susceptum est, prohibeatur (*x*) repudiare, aut opera, atque officio oblato non uti? Sin autem mandatario per cau-

(*g*) Ita describitur *Inst. in pr. & deinceps de except.* Recte autem hoc modo debitorem liberari dicimus; nam & veteres ita loquuntur. *l. 5. Cod. de pact.* & nihil interest, utrum quis actionem non habeat, an eam, quæ per exceptionem removeatur. *l. nihil interest, 112. de reg. jur.*

(*h*) Extat hæc divisio in *l. 3. de except.* item in §. *appellamur. & seq. Inst. eod.*

(*i*) De quo genere satis dictum est. *sup. cap. 11. 12. & 13.*

(*k*) *l. 2. §. & generaliter. de dol. mal. except.*

(*l*) De qua specie est in *l. si quis, 36. de verb. obl.* De his, quæ metus causa gesta sunt, item de dolo malo, & obligatione litterarum supra suis locis disseruimus.

(*m*) *l. 3. l. in asseveratio. C. de non numer. pecun.*

(*n*) §. *præterea. Inst. de except.*

(*o*) Quo casu non solum agente hærede debitor exceptione se defendere potest, sed & ultro ex testamento agere, ut per acceptilationem liberetur. *l. 3. §. 3. de lib. leg.*

(*p*) §. *æque. Institut. de except. leg. 3. & 9. de jurejur.*

(*q*) De qua in §. *item si. Instit. d. tit. & tot. tit. ff. de exc. rei jud.*

(*r*) Nempe intra triginta, aut quadraginta annos. *l. 3. & 4. C. de præscr. trigin. ann.* Vid. quæ de hoc genere liberationis scripsimus *sup. c. 67.*

(*s*) §. *recte, 9. Inst. l. 12. §. pen. ff. mand.*

(*t*) *l. 5. C. de obl. & act.*

(*u*) Quamvis is, qui suscepit mandatum, obligatur, ut aut id perficiat, aut tempestive renunciet. *l. si mandavero. §. ult. ff. mand.*

(*x*) *Arg. l. pen. C. de pact. l. si judex, 41. ff. de min.*

causam mandati quid abesse cœperit, id omnino (y) faciendum est, si nolit mandatum consummari. Morte quoque mandatoris solvitur mandatum, sed eadem conditione, si re integra rebus humanis (z) exemptus sit. Hinc jam illud sequitur, ut nec is, qui mandatum suscepit, mortuo mandatore, ex causa mandati teneatur quidquam præstare hæredibus, quod defuncto debuit; nec vero hæredes mandatoris obligentur, ut patiantur eum mandatum exequi. Utrumque contra communes juris regulas, quibus placet, hæredem in omne jus defuncti succedere. Sed nimirum natura mandati tacite continetur, ut ne mandatum personam egrediatur mandatoris, qui sibi soli eam operam præstari, & cui soli in eo gratificari voluisse mandatarius putatur. At enim creditur unusquisque non sibi solum, sed etiam hæredibus suis (a) cautum velle. Enimvero si hoc eis expediat; at mandatum perfici constat non semper expedire hæredibus. Adde quod præstatio gratuiti officii in mandato personalis est, ut jam mirum videri non debeat, mandati obligationem cum persona (b) finiri. Ceterum hæc ita sunt, si quemadmodum diximus, res adhuc sit integra. Integram rem hic accipimus, quæ mandatori integra est, & mandatario. Mandatori adhuc integra esse intelligitur, si res adhuc æque commode per alios explicari (c) potest. Mandatario integra est, si ei nihil per causam mandati abest. Ut quid absit mandato nondum impleto, dupliciter contingere potest: si mandatarius ita se comparavit, ut jam sumptus ad negotium explicandum (d) necessarios fecerit; si jam ex causa mandati (e) obligatus est. Ubi igitur quid abesse cœpit, mandatum porro exequatur, nisi hæredes occurrendo indemnitatem offerant. Illud in hac specie liberationis utilitatis receptum est, ut si mandatarius ignorans mandatorem decessisse mandatum impleverit, & quid eo nomine ei abesse cœperit, actione mandati consequi possit, ut indemnis præstetur; ne alioqui justa, & probabilis ignorantia ei damnum adferat (f).

Ex persona mandatarii proprio jure finitur quadrifariam: renunciatione tempestiva; interdum & sola voluntate renunciandi; morte; justa omittendi mandati causa. Primum, ut cuilibet liberum est mandatum non suscipere, & susceptum renunciare potest, dum id fiat tempestive, ut integra causa mandatori reservetur eamdem rem (h) explicandi. Id vero ideo eo in mandato admissum, ne officium gratis susceptum mandatario noceret, ubi nihil interest mandatoris; eamdemque ob causam nec ab initio quidem aliter obligatus esse intelligitur, quam sub hac disjunctione, ut aut impleat mandatum, aut tempestive renunciet. Hac autem ratione admissa, consequens fuit, ut interdum sola voluntate renunciandi mandatum extingueretur; quod tunc accidit, cum mandatarius paratus tempestive renunciare, casu, puta valetudine, aut tempestate (i) prohibitus est; quidem casus fortuiti nullo bonæ fidei judicio (k) præstantur. Morte (l) mandatarii, ideo expirat mandatum, quia industriæ, & fidei certæ personæ non sine delectu res commissa (m) fuit; quapropter si hæredes ejus mandatum exequantur, actionem mandati non habebunt. Semper tamen superior illa conditio intelligenda, si re (n) integra mandatarius decesserit. Justa causa omittendi mandati duplex: inimicitiæ capitales, quibus intervenientibus credibile est nec mandatorem amplius opera mandatarii uti velle, nec hunc eamdem illi præstare; item inanes rei actiones, scilicet si mandator solvendo esse desierit, ne forte mandatario pereat, quod impendit (o).

Societas proprio jure resolvitur tribus modis: morte unius; bonorum amissione; renunciatione. Primum unius ex sociis (p) morte; quod jus ex natura hujus contractus sumptum est; propterea quod is, qui societatem contrahit, certæ personæ delectum habuisse (q) intelligitur. Hoc autem non eam vim habet, ut hæres non

(y) *l. ex mandato*, 20. *ff. mand.*

(z) *l. inter*, 26. *in pr. l. si præcedente*, 58. *in pr. mand.* §. *item si*, 10. *Inst. eod.* idem probandum & in furore, quia & sic velle definimus. Duar. ad *tit. de acq. hæred.* c. §. 4.

(a) *l. 9. de prob. l. avus*, 33. *de pact.*

(b) Semper enim personalia, uti personæ cohærent, ita & cum persona extinguuntur. *l.* 8. §. 3. *de lib. leg.*

(c) §. *mandatum*, 11. *Inst. de mand.* Sin minus, competit hactenus mandati actio, quæ semel quæsita morte non extinguitur. *l.* 8. §. *mandati actio*, 6. *mand.*

(d) Si videlicet ad perficiendum mandatum sumptu, aut profectione opus est. *l.* 5. *de cond. caus. dat.*

(e) Puta si quis mandatu debitoris pro eo fidejussit.

(f) *d.* §. *item si*. *Instit. de mand. l. inter*, 26. *ff. eod.*

(h) Alioqui tenebitur mandatori in id, quod ejus interest. §. *mandatum*, 11. *Inst. l. si mand. vero*, 22. §. *ult. l. si quis*, 27. §. 2. *ff. eod.*

(i) *d.* §. *mandatum*. *l.* 23. & 25. *ff. eod.*

(k) *l. quæ fortuitis*. *C. de pign. act.*

(l) §. *item si*, 10. *Inst. l. si quis alicui*, 27. §. *morte*. *l. mand.*

(m) Hæc ratio expressa est in *cap. ult. ext. de off. jud. de leg.* significatur in *l. mandatum*, 57. *ff. mand.* explicatur latius in *l. 9. de cur. fur.*

(n) Alioqui hæres perficere reliquum mandatum debet, eoque perfecto habet actionem mandati. Exemp. in *l.* 14. *mand.*

(o) Utraque hæc causa proponitur in *l. sane*, 23. & *seq. eod.*

(p) §. *solvitur*, 5. *Inst. de societ. l. cum duobus*, 52. §. *idem respondit*. *l. adeo*, 59. & *l. seq. l. verum*, 63. §. *pen. l. actiones*, 65. §. *morte*. *eod.*

(q) Quæ ratio etiam redditur in *d.* §. 5. Furore autem superveniente, non dissolvitur, propterea quod spes est fore, ut furore correptus ad sanam mentem redeat; sed curator ejus renunciare interim societati potest ex Constit. Justin. *l. ult. C. eod.*

non teneatur actione pro socio ob dolum (r), aut culpam, quam etiam defunctus præstaret; sed hoc significat hæredem neque socium esse, neque in partem commodi, aut incommodi in posterum vocari. Usque adeo autem morte socii dirimi societatem placet, ut nec ab initio paciscí liceat, ut hæres in societatem (s) succedat, quasi & id pactum naturæ societatis (t) repugnet. Exceptæ tamen sunt societates vectigalium, in quibus hujusmodi conventiones ob publicam utilitatem (u) admissæ. Nec vero solum morte unius societate, defunctum, ejusque hæredes societati dumtaxat exemptos esse intelligimus, sed in totum societatem dissolutam, si forte plures erunt, quam duo, nisi quid aliud nominatim (x) convenerit. Bonorum amissione unius ex sociis solvitur societas, quocumque modo bona ejus omnia amissa sint. Id contingit aut cessione bonorum, aut capitis minutione. Cessione, si socius, mole debiti prægravatus bonis suis (y) cesserit, quam cessionem & sequuta sit distractio. Capitis minutione maxima, & media, si socius in servitutem redactus fuerit, aut in insulam deportatus, quo casu bona ejus publicari solent (z).

Renunciatione dissolvimur aut voluntate aperta, aut tacita. Aperta, cum ceteris (a) nunciatur, ut res suas sibi habeant, atque agant. Hujus juris ratio eadem, quæ in mandato, sed cui insuper & hoc accedit, quod utilitas communionis discordias parere solet pater non (b) consentientes; quod a natura hujus conjunctionis vehementer abhorret; utpote quæ etiam jus quodammodo fraternitatis in se (c) habere putatur. Adeo autem ex natura societatis visum est, unius voluntate totam distrahi, ut quamvis convenerit, ne ab ea recedere liceret, tamen tale pactum, tamquam factum contra naturam societatis, cujus nulla in æternum coitio est, contemnere (d) liceat. Non omnis vero renunciatio societatis continuo admittitur; sed ita demum, si non habeat injuriam; alioqui socios quidem liberabit, sed nocebit renuncianti; qui idcirco & lucri, si quid postea a sociis factum est, expers erit, damni particeps, & quod lucrum ipse fecit, id cogetur cum sociis communicare, damnum solus ferre. Injuriam autem habere intelligitur renunciatio, non solum si dolo malo facta sit, veluti si socius omnium bonorum hæreditatis sibi delatæ lucrum solus captans (e), renunciaverit; sed etiam si facta sit (f) absenti, quoad is sciérit, vel intempestive. Intempestiva duplex; una, cum contracta ad tempus societate ante tempus interponitur, cujus eadem pœna, quæ superiorum, nisi quæ justa aliud (g) suadeat; altera, cum societate ad aliquas res emendas, aut vendendas coita, renunciatur eo tempore, quo emi, aut vendi non expedit, neque hæc renuncianti quidquam (h) prodest. Tacita voluntas renunciandi tribus (i) factis evidenter arguitur; novatione actionis pro socio ab uno ex sociis facta; judicio societatis ab uno adversus alios (k) instituto; item cum separatim agere cœperint, & quisque sibi negotiari. Quod si societas ad certum tempus, aut certæ negotiationis causa inita sit, finitur quidem exacto eo tempore, aut fine negotio (l) imposito; sed in eo nihil proprium videri potest societatis; utpote cui ea lex ab initio dicta sit. Solvendarum nuptiarum longe alia ratio est, quamvis & ipsæ societatis quædam sint species. Et jure quidem civili solvuntur duobus fere modis; morte alterutrius ex conjugibus, cui veteres servitutem, & deportationem comparant; item divortio; non impune tamen ex omnibus (m) causis. Nos autem verbo Dei, ad cujus normam hæc res exigenda est, docemur, divortia omnia esse nefaria præterquam si ex causa adulterii facta fuerint. Sane si infidelis conjux fidelem deseruerit, aut fidelem religionis causa excedere coactum sequi noluerit, [illegible] (n).

In duobus reis ejusdem obligationis jus item singu-

(r) Tenetur enim, ut bonam fidem præstet, & acti etiam culpam. *l. nemo*, 35. *& seq. ff. eod.*

(s) *d. l.* 35. *l. adeo*, 95. *eod.*

(t) Nempe invitum effici socium ejus, cui non vult. *l. actione*, 65. §. *societas. eod.*

(u) Excepto, si is mortuus sit, propter cujus operam maxime societas coita est. *d. l. adeo. d. l. verum*, 63. §. *in hæredem.*

(x) *d. l. actione.* §. *morte.*

(y) §. *pen. Inst. mand. d. l. adeo.* §. 1.

(z) *d. l. verum.* §. *pen. d. l. actione.* §. *publicatione. & Inst.* §. *antep. d. tit.*

(a) Verbis, aut scripto. *d. l. verum.* §. *pen.* §. *manet*, 5. *Inst. eod.*

(b) *l. cum pater*, 77. §. *dulcissimis*, 29. *de leg.* 2.

(c) *d. l. verum. in pr. mand.*

(d) *l. nulla*, 70. *eod.* Quod autem Paul. scribit in *l.* 1. *eod.* societatem etiam in perpetuum coiri posse, satis constat, nihil aliud id significare, quam sine ulla temporis præfinitione.

(e) *d. l. actione.* §. 3. *&* 4. *d.* §. *manet. Inst. d. tit.*

(f) *l. sed & socius*, 17. §. *ult. eod.*

(g) *d. l. actione*, §. *Labeo. & seq. eod.* Justæ autem causæ, ob quas renunciatio alias intempestiva admittitur, partim ex personis sumuntur, partim ex re. Exempla utriusque in *l.* 14. *& duab. seq. eod.*

(h) Sed tenetur renuncians quatenus socii interest. *d. l. actione*, §. *Labeo.*

(i) Quæ a veteribus in hoc argumento notata animadvertimus; primum est in *l.* 63. §. *ult. d. l. actione. in pr.* alterum in §. *pen. d. l. actione.* tertium in *l. itaque*, 64. *pro soc.*

(k) Quæ conjectura in privatis societatibus admissa est; non item in societate vectigalium, in qua sæpe agi necesse est durante societate. *d.* §. *pen. l. actione.*

(l) *d. l. actione.* §. 4. *&* 6. §. *item si*, 6. *Inst. eod.*

(m) Vid. *l.* 8. *C. de repud. & divort.* & add. Duat. ad *tit. ff. de divort.*

(n) Idest, cum ejusmodi quidpiam inciderit. 1. ad Cor. 7. *vers.* 15. Plura qui desiderat, adeat Bez. *tract. de repud. & divort.*

singulare. Principio in duobus reis stipulandi hoc receptum, ut si unus debitorem communem liberaverit, vel ipso jure solutum accipiendo, novando, acceptum (o) ferendo, vel per exceptionem (p) paciscendo, ratum hoc sit, & custodiatur etiam adversus (q) alterum. Sed enim si socii sint, in solutione quidem adhuc idem obtinebit; in ceteris vero perinde habebitur, quasi pro portione quisque debitorem liberaverit, ne alter alteri (r) noceat. Ceterum unius ex reis judicium occupantis, tota efficitur (s) obligatio. Duorum reorum promittendi liberatio nonnihil dissimilis. Hic nunquam adversus unum instituta petitione alter (t) liberatur; nec enim petitio creditoris unquam novationem habet, quam si ejus intersit novationem † fieri. Ubi autem unus ex debendi reis liberatur, refert ipso jure ne liberetur, an per exceptionem: si ipso (u) jure, alterum quoque vel ignorantem, & invitum liberat. Duo tantum casus excepti: unus est, si re perempta alter tantum moram fecerit, quo casu adversus eum manet (x) obligatio; alter, si unius persona eximatur obligationi (y), deportatione, aut confusione obligationis, si creditor ei succedat. Exceptio (z) autem uni quæsita alteri ad liberationem non prodest; præterquam tribus in causis: si intersit paciscentis †, ut si socii sint; si nominatim quoque correo suo (a) paciscatur, cui ex hoc facto acquiritur exceptio doli mali; si unus ex reis debendi creditore deferente juraverit se non debere, quia jusjurandum loco solutionis cedit (b).

Accessionum liberatio nihil commune habet cum ceteris. De his quidem generalis hæc definitio est: sublata obligatione principali, liberari & (c) accessiones; sed id non usquequaque perpetuum est; quamobrem quid unumquodque genus accessionis proprium habeat, per singula euntes consideremus. Genera accessionum tria: personæ pro aliis intervenientium; res pro debito obligata; tum præstationes, quæ extrinsecus accedunt. De personis pro aliis intercedentium, quo in numero sunt fidejussores, mandatores, pecuniæ constitutæ rei, ita jus est: quocumque modo reus principalis liberetur, sive ipso jure, sive per exceptionem, eodem (d) liberari & fidejussores, & ceteros etiam ignorantes, & invitos; dum ne exceptio personæ cohæreat. Tantum duos modos liberationum excipimus, quemadmodum & in duobus reis unus est, cum rei principalis persona tantum eximitur obligationi, bonis [illegible] (e) amissis; alter, si res post moram, aut facto solius fidejussoris interierit; hic enim, quamvis debitor, qui extra culpam est (f), liberatur, cui subtilitate juris consequens videtur, ut simul tollatur accessio; tamen iniquum visum est, factum cujusquam alteri nocere; ideoque illius saltem (g) actione fidejussorem teneri placuit. Interdum & sola petitione creditoris fidejussor pro parte liberatur, Quod accidit cum plures sunt fidejussores, & creditor uno tempore agit cum omnibus pro parte cujusque; nam juris ratio non patitur, petitionem ita divisam post litis contestationem (h) redintegrari. Secus est, si unus tantum sit fidejussor, cum quo de parte agitur, aut plures quidem, sed si separatim agatur cum aliquibus tantum, quippe si illi solvendo non fuerint, ceteri tum conveniri (i) poterunt. Illud etiam in hoc genere liberationis notandum, fidejussorem suo nomine (k) solventem, reum quoque principalem liberare, non ipso

(o) §. 1. *Instit. de duobus reis. l.* 2. *l.* 3. §. *ult. ff. eod. l.* 13. §. *ult. de accept. l.* 31. §. 1. *de novat.*

(p) *Arg. l. si unus*, 27. *de pact.* multo igitur magis per exceptionem jurisjurandi. *l. in duobus*, 28. *in pr. de jurejur.* item rei judicatæ. *arg. dd. ll.*

(q) Ratio est, quia una, eademque obligatio in persona utriusque versatur. §. 1. *Inst. de duobus reis.*

(r) *d. l.* 27. *in pr. de pact.* Nec mirum, nam inter duos reos stipulandi socios perinde dividitur obligatio, atque si singuli partem stipulati essent, *l.* 62. *ad l. Falc.* unde singuli nihil amplius remittere, quam quod suum est, possunt. Cujac. ad *d. l.* 27. tam non sociis, quam sociis pactum nocere negat; cont. Ant. Fab. non aliter nocere affirmat, quam si sint socii: uterque male.

(s) *l.* 2. *& arg. l.* 16. *de duob. reis.* Quæ liberatio novationis jure contingit pro commodo petitoris.

(t) *l.* 8. §. 1. *de leg.* 1. *l. reos*, 23. *C. de fidejc.*

† *l. non solet*, 88. *& seq. de reg. jur.* Vid. c. 73. *sup. in fin.*

(u) Puta solutione, acceptilatione, novatione. *l.* 2. 3. *in fin. de duob. reis. l.* 16. *de accept.*

(x) Nempe quia absque mora futurum erat, ut alter liberaretur. *arg. l.* 32. §. *pen. de usur. l.* 173. §. 2. *de reg. jur.* Ceterum si unus servum promissum occidat, id factum etiam alteri nocebit, contraria nimirum ratione, quia absque hoc facto foret, ut neuter liberaretur; jam vero unius factum alteri ad liberationem prodesse non debet. *l. pen. de duob. reis.*

(y) *l. ult. d. tit.* de confusione dictum est c. 65.

(z) Puta pacti, quod non alia conditione alteri prodest, quam si paciscentis interest. *l.* 21. §. *ult. & du. ll. seqq. de pact.* aut rei judicatæ, *l.* 52. §. *ult. de fidejus.* Et generaliter nihil alteri, cujus in potestate non sumus, civiliter acquirere possumus. *l.* 53. *de acq. rer. dom.*

† Tum enim interest paciscentis propter communionem. *l.* 24. junct. *l.* 25. §. *ult. & l. seq. de pact. l.* 3. §. 3. *in fin. de lib. leg.*

(a) *Arg. d. l.* 25. §. 2. *& l. seq. de pact.*

(b) *l.* 27. *& l.* 28. §. 1. *&* 3. *de jurejur.*

(c) *l. in omnibus*, 43. *de solut. l. novatione*, 18. *de novat.*

(d) *d. l.* 43. *d. l.* 18. *l.* 7. *de except. l.* 32. *de fidejus.* idque ex natura accessionum. *l. cum principalis*, 178. *de reg. jur.*

(e) *l. ult. ff. de duob. reis.*

(f) *l. si ex legati*, 23. *de verb. obl.*

(g) *l. mora*, 88. *l. si servum*, 91. §. 4. *de verb. obl. l.* 32. *in fin. de usur.*

(h) *l. liberum*, 16. *C. de fidejuss.*

(i) *l. reos*, 23. *C. d. tit.*

(k) *l. Papin.* 28. *mand.* quod & in acceptilatione, & jurejurando admissum. *l.* 13. §. *si fidejussor, de accept. l.* 28. §. 1. *de jurejur.* In pacto non item. *l.* 23. *de pact.* neque enim pactum instar solutionis est, ut superiora duo.

ipso quidem jure, uti fit, cum nomine debitoris solvit, sed per (*l*) exceptionem dumtaxat. Res pro debito obligatæ sunt pignora, & hypothecæ. De his una hæc certa definitio est: debitore quocunque modo liberato, dummodo sublata sit obligatio, non persona exempta, continuo liberari & (*m*) pignora, & hypothecas. Extrinsecus rei accedunt, sorti usuræ, utilitas in actione arbitraria de eo, quod certo loco. De quibus hoc unum item præceptum esto: debitore quovis (*n*) modo a sorte liberato, usuras amplius non deberi, sive de præteritis quæratur, sive de futuris etiam ex (*o*) stipulatione debitis; multoque minus utilitatem, quæ officio Judicis arbitrariæ actioni (*p*) accedit. Atque hæc de prima parte, quæ versatur in juris nostri cognitione dicta sunto.

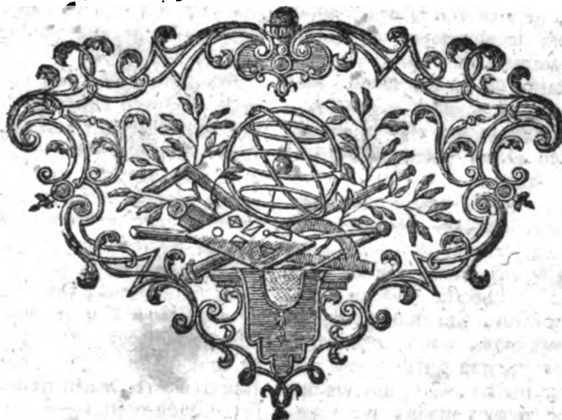
(*l*) Ac juxta hanc distinctionem accipienda sunt verba extrema *pr. Inst. quib. mod. toll. obl.* sicut & Accursius observavit.

(*m*) *l. in omnibus*, 43. *de solut. leg.* 5. *& 6. quib. mod. pignor. vel hyp. solv.* Lectio *l.* 2. *C. de luit. pign.* aperte mendosa est, legendumque omnino, *non durare*.

(*n*) *l.* 1. *in fin. l.* 7. *ff. l.* 19. *C. de usur. l.* 18. *ff. de novat. l. lecta*, 40. *vers. sed cum sortis. de reb. cred.*

(*o*) *l. eos*, 26. *C. de usur.* Sublata veteri distinctione, si qua fuit, inter eas, quæ ex stipulatu debentur, & officio Judicis accedunt.

(*p*) *l.* 8. *& l. ult. ff. de eo quod cert. loc.*



JURISPRUDENTIÆ CONTRACTÆ,

SIVE

PARTITIONUM JURIS CIVILIS

Liber Tertius.

Qua sit ratio juris sui cujusque obtinendi.

CAPUT PRIMUM.

Neminem posse quod suum est privata vi cuiquam auferre.

PErducta ad colophonem prima illa parte, quæ posita est in cognitione ejus, quod suum cujusque dicitur, substituimus aliquandiu, navique subducta interquievimus. Nunc iterum solvendum; velaque ventis repetito cursu permittenda sunt.

Frustra est enim omnis noster labor, frustra tota hæc cognitio, nisi simul teneatur ea ratio, qua id, quod ita cognitum, perceptumque est, consequi, atque obtinere ab invitis liceat: estque hoc alterum illud ex duobus propositis, quod in jure privato quærendum esse initio diximus. Igitur ad hanc etiam partem exequendam bonis avibus accingamur.

Si id, quod nostrum est, a volentibus obtinere non possumus, non continuo consultum est vim adhibere, & jure, judicioque contendere; sed civile est, nec minus utile, amica prius petitione, aut qua alia honesta ratione uti, quam ad judicia decurratur. Sin humana omnia experti nihil promovebimus, unum hoc relinquitur, ut vis adhibeatur, qua quod sponte non tribuunt, extorqueatur invitis. Ceterum vis nec cuilibet permissa, nec quovis modo, nec quævis; ac proinde tres hæ leges hic observandæ, quæ totidem sunt (a) partes quibus omnis ratio nostri obtinendi continetur. Prima est, ne vis adhibeatur per quemlibet, sed per Magistratum, & Judices publice constitutos dumtaxat. Secunda, ne vis adhibeatur quovis modo; sed ut ad eam perveniatur ordine, & via, videlicet per judicium recte, & legitime ordinatum, quo reus causa cognita aut victus condemnetur, aut auctore non probante intentionem suam absolvatur. Tertia est, ne vis adhibeatur quælibet, sed tantum civilis, seu ea juris remedia, quibus in exequutione condemnati urgeri ad parendum rebus judicatis solent. Singula hæc deinceps nobis enucleanda, & quid unumquodque postulet, cognoscendum est.

Principio igitur hoc constitutum esto: nemini licere quod suum est (b) propria auctoritate per vim cuiquam auferre, & in eo sibi jus dicere. Adversus eos, qui vim faciunt, quamvis in re sua, aut sibi debita, pœnæ variæ constitutæ; nam & incidunt in (c) leges Julias de vi publica, aut privata, & præterea pecuniario damno mulctantur. Et si quidem creditor est, qui vim adhibuit, placet eum jus crediti amittere; si dominus, jure, dominioque suæ rei cadere. Quod si quis rem alienam, quam suam esse existimabat, vi rapuerit, vel invaserit, is & rem ipsam cogitur restituere, & præstare insuper (d) rei æstimationem. Enimvero si necessitas aliqua cogat, ante occurrere, quam ad Judicem veniatur, non est iniquum privatis interdum concedere, uti per se sibi consulant. Hinc dua-

(a) Describuntur hæ partes, constituunturque duobus elegantissimis rescriptis in *l. negantes*. C. *de obl. & act. l.* 1. C. *de exec. rei jud.*

(b) Idcirco enim judiciorum vigor, jurisque publici tutela in medio constituta est, ne quis sibi ipsi permittere auderet ultionem. *l. nullus*. Cod. *de judic.* legumque reperta est via, & sacra reverentia, ut nihil manu, nihil ageretur impulsu. Cassiodor. 4. *var.* 20. ne occasio seditionis, aut intestinæ discordiæ præbeatur. *l. non est singulis. de reg. jur.*

(c) Tit. *ad l. Jul. de vi publ. & ad l. Jul. de vi priv.* §. *item lex Jul. Inst. de pub. jud.*

(d) *l. quod extat.* §. *ult. ff. quod met. caus. l.* 7. C. *unde vi*. §. 1. *Inst. de vi bon. rap.* Vid. Menoch *rec. poss. remed.* 9. Donel. ad *l.* 6. & *d. l.* 7. C. *unde vi*. Ceterum pœnam his rescriptis constitutam usum apud nos habere plerique causarum patroni existimant; sed tamen contrario non usu est abrogata.

duabus in causis a superiori jure recessum: in defensione sui, item interdum in rei suæ persequutione (*e*). Defensio adversus vim illatam, vel personis, vel rebus nostris duabus his conditionibus permissa: una est, ne vim propulsando ulcisci magis, quam tueri nos studeamus; altera ne (*f*) moderationem excedamus inculpatæ tutelæ. Tunc autem non excessisse intelligimur, cum aliter nos tueri non (*g*) potuimus. Persequutio nobis permissa adversus debitorem nostrum (*h*) fugientem, secumque auferentem pecuniam. Item in eos, qui curiæ, aliisve corporibus obnoxii sunt, curiæ, ceterisque manus injectio (*i*) est; hactenus tamen, ut fugitivi ex fuga retracti ducantur ad Judicem, qui de eorum officiis, & nostro jure statuat. Extra has causas nemini jus est in re sua sibi (*k*) jus dicere, sed quicumque sibi quid præstari postulat, is de ea re Magistratum, aut Judicem adire debet; sed nec quemlibet Magistratum de jure nostro adire licet, verum eum tantum, cujus de ea re publica notio, & jurisdictio est. De quo plura inferius in formatione judicii, ad cujus rectam institutionem ea tractatio pertinet.

CAPUT II.

Judicium quid, & quale sit, tum quibus rebus constet.

NOn est satis Magistratum, per quem obtinere quid volumus, idoneum esse; alterum exigitur, ut si quas nos habere putamus petitiones, judicio experiamur. (*l*) Judicium est legitima rei controversæ inter actorem, & reum apud Judicem tractatio, in eum finem instituta, ut lites publica auctoritate sopiantur. Quamquam autem judicium omne necessarium est, & quidem eorum, qui publica judicandi auctoritate præditi sunt; est tamen & voluntaria quædam contendendi ratio, extra jurisdictionis necessitatem posita apud eos, ad quos ex consensu, & compromisso itur, qui Judices compromissarii, & plerumque arbitri dicuntur. Ac tametsi vera judicia ad eam vim, quam hic quærimus, sola perveniant, arbitria neque judicia (*m*) proprie sint, neque exequutioni mandari soleant; tamen cum ad similitudinem judiciorum redigantur, nec minus ad lites sopiendas pertineant, non omnino inconveniens videri debet, si etiam de eo genere in proposita tractatione præcipiamus. Prius autem judiciorum formam, & leges constituemus, ut, his cognitis, habeamus quod in arbitriis informandis postea (*n*) sequamur.

Solum igitur judicium, ut illud repetam, necessitatem parendi litigatoribus imponit; sed & hoc ita, si justum sit, & legitimum, idest, in omnibus suis partibus ita comparatum, uti jus civile præscribit. Constat omne judicium his rebus quatuor: personis judicium constituentibus; rebus in judicium deductis; forma, & ordine tractationis; fine agendi. Personæ ad judicium pertinentes sunt: litigatores, judex, & qui judicium adjuvant, Procuratores, Advocati, Assessores. Res in judicium deductæ, ab Actore sunt actiones, a reo exceptiones, & defensiones (*o*). Ordo, & forma judicii posita est in hoc progressu, & partibus: vocatione in jus litis contestatione, tractatione causæ conjuncta cum cognitio-

(*e*) *l. 3. ff. de justit. & jur. l. scientiam. §. qui cum aliter. ff. ad l. Aquil. l. 1. §. vim vi. unde vi. l. 1. C. eod. l. 1. C. quando liceat unicuiq. sine jud. se vind.* adde Don. ad *d. l. 1. C. unde vi.* Schneid. ad §. 1. *Inst. de jur. nat. gent. n. 11. & seqq.*

(*f*) Quibus in rebus moderamen inculpatæ tutelæ consistat, eleganter ex recepta Interpretum sententia docet Schneid. *dict. loc. num.* 14. item Gail. 2. *obs.* 110. *n.* 13. *& seqq.*

(*g*) Excedentibus tamen hanc moderationem pœna mitigabitur, cum non tam ob dolum puniantur, quam ob culpam, non tam propter delictum, quam propter excessum rei licitæ, hoc est, defensionis, in qua difficillimum est, semper modum tenere. Jas. in *l. 1. n. 18. de legib.* Bald. in *d. l. 1. C. unde vi.* Gail. *d. l. n.* 15.

(*h*) *l. ait. §. si debitorem. quæ in fraud. cred.* Quamvis autem fugientem lex requirat, idem tamen & in suspecto de fuga vulgo admittunt, ut si Judicis copia statim haberi non possit, propria auctoritate ei manus injicere possit creditor, modo justa sit suspicionis causa, & liquidum debitum. Plura vid. apud Gail. 2. *ob.* 44.

(*i*) *l. 1. Cod. ubi quis decur. vel cohort. aliave cond. conv. l. 1. C. de decurionib. lib.* 10. Quod jus etiam ad uxorem obedientiæ maritali, liberos potestate, & obedientiæ parentum, subditos jurisdictioni Magistratus sese subducentes porrigunt. Bald. in *d. l.* 1. & Vultej. *ibid. n.* 24. Vide & Bodin. 1. *de Repub. 6. sub fin.*

(*k*) Excipiunt vulgo Principem, qui superiorem non agnoscit, in sua causa cognoscentem, per *l. 41. de her. instit. l. 3. de his, quæ in test. del. arg. l. pen. de rec. arb.* æquius tamen esse, ut judicia subeat Magistratuum, neque in ea re quidquam illius majestati decere existimat. Bod. 3. *de Republ.* 6.

(*l*) Voce *judicii*, hic intelligi volumus totam actionem judiciariam, quæ ab in jus vocatione incipit, & finitur sententia. Alias, cum exacte loqui volumus, nec Judex, nec judicium ullum proprie est, antequam lis est contestata. *l. un. Cod. de lit. contest. l. amplius. ff. rem rat. hab.* quæ idcirco judicii formale principium dicitur. VVesem. *parat.* C. *de lit. contest.* add. Marant. *spec. aur. par.* 5. *n.* 2. Gail. 1. *obs.* 44.

(*m*) Nec arbiter proprie Judex; cum privatorum consensus Judicem non faciat. *l. 3. C. de jurisdict.* sed partes Judicis suscipere dicitur. *l. 13. §. 1. de recept. arb. l. 14. C. de jud.* Unde liquet divisionem judicii in voluntarium, & necessarium non esse generis univoci, sed τῶν πρὸς ἕν.

(*n*) Proposito quidem ligatorum, & usu arbitria priora sunt judiciis, quippe cum ad arbitros non eatur, nisi judicii vitandi causa. Cognitione autem posteriora sunt, utpote quæ leges judiciorum sequuntur, ad quorum similitudinem redacta sunt. *l. 1. de rec. arb.*

(*o*) Neque alius ordo a nobis servari debuit, ubi judicium informamus præceptis ad rectam ejus institutionem cognitu necessariis. Ceterum cum judicio contendere, atque hæc ad usum transferre volumus, ab in jus vocatione incipiendum, unde omnium actionum instituendarum, proinde & judicii principium proficiscitur. §. *ult. Inst. de perp. tem. lit.*

tione Judicis; item sententia, finis agendi litigatoribus, ut obtineant; Judici, ut jus dicat. Hæc sunt in summa, quæ judicium omne legitimum in se habet; de quibus item sigillatim eodem ordine, quo ea proposuimus, deinceps dicemus. De fine tamen nihil necesse ulterius monere.

CAPUT III.

De personis principaliter, & necessario ad judicium pertinentibus. Primum de actore, & reo.

PRimus ergo locus ad personas judicium constituentes, tanquam ad causam judicii efficientem, pertinet. Personæ aut principales sunt, & necessariæ, aut adjuvantes, & accessoriæ. Principales, & necessariæ sunt, sine quibus judicium consistere non potest (*p*). Hæ tres: actor, reus, judex. Accessoriæ, & adjuvantes, quibus carere quidem natura sua judicium potest; sed tamen adhibentur interdum ad judicium adjuvandum; idque ob utilitatem tum litigatorum, ut Advocati; Procuratores, defensores; tum Judicis, ut Assessores. Necesse est autem suprascriptas personas tales esse, ut ne ab eo, quicum agitur, rejici possint, in summa idoneas, qui in judicio consistant, etiam invito adversario. Tales autem in universum statuemus omnes (*q*) qui non prohibentur. Atque hoc ipsum primum de actore præceptum esto.

Eorum, qui agere judicio prohibentur, tres sunt ordines. In primo ordine sunt servi, qui in totum judicio interesse non possunt, ne volente quidem adversario: ac vix ex gravissimis causis iis concessum judicio (*r*) consistere. In secundo ordine sunt filiifamil. Filiifam. etsi liberi sunt, & cives Romani, tamen non semper suo nomine agere possunt; sed refert utrum de peculio castrensi, aut quasi castrensi agatur, an de adventitio, & profectitio. De castrensi peculio filiusfamil. judicio experiri suo nomine etiam patre invito, immo adversus patrem (*s*) potest: hoc ideo, quia in hoc genere peculii pro patrefamil. habetur. Pari igitur de causa & in peculio (*t*) quasi castrensi idem probandum. Peculii adventitii, & profectitii non eadem ratio est. Et si quidem de adventitio quæstio sit, refert utrum usumfructum pater habeat, an non habeat. Si habet, omnis actio patri permissa, hoc tantum excepto, ut agat ex (*u*) consensu filii, nisi is minor sit, aut longe absit. Quod si ipse pater absit, aut furiosus sit, filio tum agere (*x*) permittitur, dummodo caveat; patrem rem ratam habiturum. Sin autem pater usumfructum (*y*) non habet, ipsi filio omnem actionem competere placuit, sive repudiaverit pater usumfructum, sive eum, etiamsi voluisset, acquirere non potuerit; ita tamen, ut (*z*) consensus patris ubique adhibeatur, qui si consentire recusabit, a Judice, ut id faciat (*a*), compelli poterit. De profectitio peculio solus pater, cujus hoc totum est, agere judicio potest. Hoc tantum receptum, ut, si filiusfamil. peregre absit, puta studiorum causa, nec quisquam ibi sit, qui nomine patris agat, & filiusfamil. injuriam, aut damnum patiatur, hoc casu ipse filius suo nomine ex causa peculii profectitii utili actione agere possit (*b*), quacumque ex causa damnum, aut

---

(*p*) Breviter hæ personæ comprehensæ in §. 1. *Inst. de act.* Actorem hic appellamus eum, qui litem intendit, qui & petitor. *l.* 22. *de prob. l.* 14. §. 1. *de furt.* Alias actor dicitur, qui a tutore, aut curatore, vel etiam a corpore, aut collegio ad agendum quasi procurator datus est. §. *ult. Inst. de cur. l. 6. quand. ex fac. tut. l. 6. quod cujusque univers. nom.* Is autem, cum quo agitur, seu unde petitur, uno verbo reus vocatur, idque κατ᾽ ἐξοχήν, quia præcipue res ejus agitur. Nam reus a re, scilicet, lite dictus est, eoque nomine antiqui utrumque litigatorem denotabant. Cic. 3. *de Orat.* 3. Gall. Æl. apud Fest. atque etiamnum non solum reum promittendi, aut debendi dicimus, sed etiam stipulandi, & credendi. *Instit. ff. & C. de duob. reis* vocatur & pars fugiens. *l.* 13. §. 2. C. *de jud. l. ult. in fin. pr. &* §. 3. C. *de bon. quæ lib.* more Græcorum, qui φεύγοντα appellant.

(*q*) Generaliter enim in edictis prohibitoriis spectandum, non quid permittatur, sed quid non prohibeatur, ut quod nominatim prohibitum non est, id permissum videatur. *l. nec non.* §. *quod ejus. ff. ex qu. ca. maj.*

(*r*) *l. servus.* C. *de jud.* junct. *l. vix certis. & l. qui dedit. ff. eod. tit.*

(*s*) Lis nulla filio esse potest cum patre, in cujus potestate est. *l.* 4. *de jud. l.* 7. *de obl. & act.* nisi ex peculio castrensi. *d. l.* 4. in quo pro patrefamil. habetur. *l.* 2. *de Senat. Mac.* cui consequens est, recte eum ex eadem causa adversus alios agere etiam patre invito. *l.* 4. §. 1. *de cast. pec.*

(*t*) Quippe cui idem postea tributum, quod castrensi *l. ult.* C. *de inoff. test.* In adventitiis an hodie inter patrem, & filium obligatio, & actio consistere possit, vid. Pinel. in *l.* 1. C. *de bon. mat. part.* 1. *n.* 17. qui id indistincte negat contra communem, quam sequitur, & probat Scip. Gen. de *bon. mat. c.* 26.

(*u*) *l. cum non solum,* 8. §. *ubi autem,* 3. C. *de bon. quæ lib.* Gent. *d. loc.* hunc filii consensum requiri negat, sed male.

(*x*) Quod exemplo dotis profectitiæ recte defenditur. *l. si cum dotem.* §. 4. & §. *si soluto,* 10. junct. *l.* 2. & 3. *ff. sol. mat.*

(*y*) Quibus casibus id accidat, dictum est *lib.* 1. *c.* 67. Vid, *Auth. excipitur. & du. seq. l. ult.* C. *de bon. quæ lib.*

(*z*) Jure Rom. non videtur filiusfam. integram personam habere per se standi in judicio sine consensu patris. Quod & ratio Justiniani indicat, ne judicium sine patris voluntate videatur consistere. *d. l. ult. in fin. pr.* adde Ant. Fab. 13. *conj.* 6. Alii consensum patris tunc solum requirunt, cum ususfructus patri volenti quæri potuit, ut in casu hæreditatis filio delatæ. *d. l. ult.* sin autem quæri non potuit, ut in casibus, de quibus in *d. Auth. excipitur. & seq. du.* nec consensum exigunt; quos sequitur Don. noster. *lib.* 17. *com.* 4. & Sc. Gent. *c.* 26.

(*a*) *d. l. ult. in fin. pr.* Cogetur autem remediis prætoriis, iisve omissis contumacia habebitur pro consensu. Gentil. *d. loc.*

(*b*) Vid. *l.* 8. *in pr. de proc. l. si longius.* §. 1. *de jud.* ubi ratio redditur ex Juliano, & quod ille in quatuor causis admiserat. *l.* 9. *de obl. & act.* ad omnes similes eadem ratione producitur.

aut injuria metuatur. Excipienda tamen hic est actio dotis profectitiæ, qua etsi pater absit, vel furiosus sit, nunquam tamen filiafam. experiri suo nomine potest, sed cavere debet, ut ceteri, qui alio nomine agunt, patrem rem ratam (*c*) habiturum.

In tertio ordine sunt patresfamil. hos agentes duæ res removent dumtaxat: ætas, magistratus. Ætas pupillos, & (*d*) adolescentes. Hi absque tutoribus, aut curatoribus legitimam personam standi in judicio non habent; quamobrem nec sententia adversus eos indefensos lata ullam obtinet rei judicatæ (*e*) auctoritatem; quamvis si ab adversario admissi vicerint (*f*), sententiæ stetur, ne res prospere gesta ætati obsit. Una causa est, quam per quamlibet personam exerceri posse placuit, actio (*g*) momentaneæ possessionis. Hæc igitur in minorum persona excepta sit. A Magistratu omnes agere prohibentur, qui cum jurisdictioni præsint, temporale dumtaxat in ea imperium (*h*) habent, quos Græci ἄρχοντας vocant.

Reorum prope eadem ratio, eorumque, qui conveniri prohibentur iidem ordines. Primum servi in totum judicio conveniri non possunt, usque adeo, ut nec eorum capaces sint, quæ judicii instar (*i*) habent; cujusmodi sunt compromissum, & jusjurandum. Filiifamil. conditio nonnihil dissimilis. Is sicut ex omnibus causis tamquam paterfam. obligatur, ita & agi cum eo etiam invito (*k*) patre actione in personam potest. At si conveniatur de proprietate peculii profectitii, hic uti res patris est, ita & solus pater actiones suscipere potest. Sed etsi agatur de proprietate peculii non profectitii, sed adventitii, cujus pater usumfructum habet, adhuc tamen placet, patrem conveniri debere; quamvis is actionem suscipiens consensum filii adhibere teneatur. Quod si & proprietas, & ususfructus filii erit, filius ipse actionem excipit, sed ex (*l*) consensu patris. In patribusfamil. qui agere non possunt, iisdem vicissim datum est, ut ne (*m*) conveniantur, ac ne causa quidem momentaneæ possessionis in minoribus (*n*) excepta est. Tantum in Magistratibus (*o*) exceptio una, atque altera admissa, si in officio deliquerint; item si periculum sit, ne dies actionis exeat.

CAPUT IV.

De judicibus, & eorum jurisdictione.

TErtia persona ad judicium constituendum necessaria est Judex. Hunc in primis idoneum quærimus. Idoneus est, in quo tria hæc concurrunt: si publica auctoritate constitutus ab eis, qui jus constituendi habent, judicio præsit; si sit competens; si non sit suspectus. Primo exigimus, ut Judex (*p*) publica auctoritate judicandi sit præditus. Hæc auctoritas in Judicibus uno communi nomine (*q*) notio appellatur. Ejus duæ species: jurisdictio, & notio nuda. Atque hinc Judicum quoque genera duo: unum eorum, qui jurisdictionem habent; alterum (*r*) pedaneorum, qui notionem tantum. Jurisdictio in Judi-

(*c*) *l. si cum dotem*, 22. §. 4. *solut. matr.* mandatum autem non desideratur, ut nec unquam in liberis agentibus nomine patris. *l. 35. l. Pomponius. §. ult. de proc.*

(*d*) *l. 1. & 2. C. qui leg. pers.* Idem in muto, surdo, & prodigo probat VVesemb. ad *rub. d. tit.* Infantes ne cum auctoritate quidem tutorum judicio consistere possunt, sicut nec mentecapti, aut furiosi. VVes. *d. l.* add. Gail. 2. *obs.* 108.

(*e*) *d. l. 1. l. contra*, 54. *de jud.* Proinde sine tutorum, aut curatorum auctoritate jure removentur, ne adversarius cogatur anceps judicium subire.

(*f*) *l. non eo minus. C. de proc. per l. quod favore. C. de legib. l. nulla. ff. eod.* idque generale est in omnibus, qui sine curatore nihil recte gerunt. VVesemb. *d. l.*

(*g*) *l. ult.* Cod. *qui leg. pers.* Est autem momentanea possessio, de qua in possessorio contenditur, non tantum si agatur interdicto unde vi; sed etsi alio interdicto, aut adipiscendæ, aut retinendæ possessionis; sic dicta, quia ad momentum temporis tantum constituitur quod causa in petitorio decidatur. Vultei. ad *l. un.* Cod. *ubi de poss. num.* 2. Cujac. 1. *obs.* 20. recredentiam in foro vocant.

(*h*) Prohibentur autem per id tempus, quo cum imperio sunt. *l. 48. de jud.* Ad minores Magistratus hæc prohibitio non pertinet. *l. 2. de in jus voc. l. 32. de injur.*

(*i*) *l. 6. & 7. C. de jud. l. 3. §. si servus. l. 5. §. 1. de pecul.* nec obstat, quod judicio contrahitur. *dict. l. 3. §. idem scribit. de pec.* ex contractu autem servi dominus obligatur de peculio. *§. actiones autem. Inst. de act.* Prius enim, quam judicio contrahi intelligatur, necesse est, ut id jure consistat.

(*k*) *L. filiusfamil.* 39. *de obl. & act. l. tam ex contractib. de re jud.* Diversam esse causam placuit agentis, & conventi, eo quod alium quidem patri obligare potuit, patrem alii non potuit. Convenitur igitur de obligatione sua, agit de obligatione, cujus commodum, aut actionem patris esse lex voluit, nec in persona rei necessario requiritur, ut judicio per se efficitur. Sic bannitos, quamvis agere non possunt, judicio tamen conveniri posse tradit Gail. 2. *de pac. pub.* 12. *n.* 17.

(*l*) *l. ult. in fin. princ. & §. 3. C. de bon. quæ lib.*

(*m*) Ut sunt pupilli, & minores sine auctoritate tutorum; item annui Magistratus majores, non minores, nec municipales, add. Vult. ad *l. ult.* C. n. 20.

(*n*) Hoc ideo, quia conveniuntur inviti, & hæc est DD. comm. opinio referente Trentacinq. *lib. 2. resol. 6. de jud. n.* 12.

(*o*) *l. 4. C. ad l. Jul. rep. l. 16. ff. de officio proc.*

(*p*) Nam privatorum consensus, ut ante dictum, Judicem facere non potest. *l. 3. C. de jurisd.* adde *l. ult. §. defensores. de mun. & hon.*

(*q*) Teste Ulpian. in *l. notionem*, 99. *in pr. de verb. sign.* qui etiam hoc ipsum indicat in *l. 5. de jud.* Vid. Goed. ad *dict. l.* 99.

(*r*) Hi delegati, illi ordinarii ab Interpretibus vocantur, ut in foro versantibus notum, quod tamen absonum a jure civili, nam & extra ordinem multi constituti juris dicundi causa. *l. 2. §. 33. de or. jur.* & qui mandatam jurisdictionem habent, non sunt Judices delegati. Vid. *cap. seq.*

Judicibus est cognoscendi, judicandique, & judicati exequendi potestas, quæ potestas exequendi (*s*) pars est imperii, quod mixtum dicitur, & jurisdictioni perpetuo (*t*) cohæret. Notio est jus cognoscendi, & judicandi tantum; proinde sine imperio, & sententiæ exequendæ (*u*) potestate. Hinc jam licet intelligere, aliam esse potestatem Jus dicentis, aliam solum judicantis. Quippe judicandi potestas solo judicio circumscribitur; quod postquam Judex de causa cognovit, esse desinit. Qui autem pro jurisdictione judicat, etiam imperium habet, quo sententiam a se latam exequatur. Sed & jus sæpe dicitur, ubi neque judicium est, neque quidquam fit judicii instituendi, exequendive causa, ut cum Magistratus bonorum possessionem dat, tutores non habentibus (*x*) constituit.

Rursus eorum Judicum, qui jurisdictionem habent, genera item duo. Sunt enim, qui eam propriam habent, & suo jure; sunt, qui de beneficio alieno, & mandatam ab iis, qui eam proprio jure (*y*) habuerunt. Propriam jurisdictionem habent Magistratus, non ordinarii tantum, sed & qui (*z*) extra ordinem constituuntur juris publice dicundi causa, ut Præfectus vigilum, & annonæ, etiam (*a*) Magistratus municipales. Magistratus autem vox ambigua est, & tam ad munus ipsum, quam (*b*) personam gerentis refertur. Ex definitione muneris persona gerentis facile intelligetur. Magistratus igitur est administratio Reipub. cum potestate juris publice, & principaliter dicundi. Tria igitur Magistratum constituunt; administratio Reipub. juris publice dicundi potestas; eaque principalis. Administratio Reipubl. est (*c*) procuratio earum rerum, quarum cura ad publicam omnium utilitatem pertinet; qualis est procuratio rei bellicæ, quam potestatem, sicuti ego existimo (*d*), nemo olim, qui Magistratus non esset, habuit. Talis est juris reddendi, & litium dirimendarum cura; item ædificiorum, murorum, viarum publicarum, census, ærarii, annonæ, & similium. Non quævis tamen administratio Reipubl. Magistratus est, sed quæ in se habet (*e*) jurisdictionem. Saltem in rebus ad eam administrationem pertinentibus; nam quæ administrationes omni imperio juridiciali carent, Magistratus dici (*f*) non possunt; qualia fere sunt munera (*g*) personalia, & ex honoribus nonnulli, ut (*h*) Decurionatus. Postremo nec quævis juris dicundi potestas Magistratum facit; sed ea tantum, in qua principem obtineas locum, sive cui, ut veteres passim loquuntur (*i*), præsis; hoc est, quam tuo imperio, non alieno mandatu exerceas, ut hæc nota distinguatur ab ea, quam quis habet beneficio alieno. Quod si per Magistratum personam honorem gerentis intelligi volumus, dicemus Magistratum esse eum, cui superior administratio,

---

(*s*) Nam non omne imperium in exequendo positum, nec sola eo pertinet coercitio, ut postea intelligetur.

(*t*) Existimo imperium non tam partem esse jurisdictionis, quam adjunctum ἀχώριστον, per *l. 1. de off. ejus cui mand.* hac autem pingui descriptione uti malui, quam subtili aliqua definitione, quæ forte minus aut perciperetur, aut placeret.

(*u*) *l. ult. §. 14. de mun. & hon. l. 74. de re jud. l. 15. in pr. de re jud.*

(*x*) Unde intelligimus, multo latius patere officium jus dicentis, quam judicantis tantum. *l. 1. de jurisd.* utroque autem latius patet officium Magistratus, quo multa expediri sine jurisdictione constat. add. Arist. *6. pol.* 8.

(*y*) Divisio totidem pene verbis tradita in *l. more. de jurisd.* ex qua item interpretanda est *l. 1. de jud.* quæ eamdem divisionem obscurius continet.

(*z*) *l. 3. §. 1. de off. præf. vig.* junct. *l. 2. §. & hæc omnia & l. 33. de or. jur.* ubi tamen Pomp. hos Magistratus esse negat; sed videtur vocem Magistratus ad ordinarios, status, & legitimos contraxisse. Certe Fenest. & Cassiod. in numero Magistratuum eos recensent. Videatur tamen Bodin. *3. de rep.* 2. & 3.

(*a*) Quorum jurisdictio continebatur intra territorium cujusque municipii. *l. duumvirum. C. de decur. lib.* 10. Apud nos qui Judices propriam jurisdictionem habeant, satis notum. Vid. sis Merul. *synop. prax. civ. lib.* 1. *tit.* 6. Qui propriam jurisdictionem habent, seu, ut nunc loquimur, ordinarii, non omnes generaliter juri dicundo præfecti sunt; sed multis eorum certæ causæ specialiter attributæ; quorumdam etiam quamvis de omnibus causis jurisdictio sit, non tamen nisi inter certas personas. Vid. *infr. cap. 6. & 7.*

(*b*) Ad munus, ut cum dicimus gerere, inire, deponere Magistratum; ad personam cum dicimus, creare Magistratum, aliquid ad curam Magistratus pertinere &c.

(*c*) Cujusmodi procurationum tot sunt exempla, quot species Magistratuum enumerantur a Pomp. in *l. 2. §. post originem. & deincep. de orig. jur.*

(*d*) Vid. Nic. Gruch. refor. ad post. Car. Sigonii disputationem, ubi & contra eumdem Sigon. ostendit, potestatem administrandæ rei militaris in Dictatorum, Consulum, & Prætorum Magistratu insitam fuisse, ita ut eam haberent sui Magistratus.

(*e*) Ad id enim constituti sunt Magistratus, ut jus populo reddant, vel, quod idem est, dicant *d. l. 1. §. post originem.* unde Magistratus jus dicens nonnunquam appellatur. *l. 1. de jurisd. l. 11. de vulgar. & pupill.*

(*f*) Quemadmodum autem non potest intelligi Magistratus, qui nullam jurisdictionem habet, ita nec potest, qui non habet aliquod imperium; cum nulla sit jurisdictio, cui non cohæreat imperium, quod satis sit ad eam tuendam, efficiendumque, ut ratum sit, quod dixeris *l. ult. de offic. ejus.* Sc. Gent. *lib. 1. c. 28. & lib. 2. c.* 2.

(*g*) Munera publica personalia pleraque administrationem rerum ad rem pertinentium continent. *l. ult. de mun. & hon.* nullum tamen horum Magistratus est. *l. cui muneris eod.*

(*h*) Argumento est, quod Decuriones postea ad Magistratum vocantur. *l. 1. Cod. de Magistr. munic.* Licet ergo munus dicatur etiam sine dignitate, honor vero nonnisi cum ea, *l. 10. & l. 14. in pr. de mun. & hon.* dignitas tamen latius patet, quam Magistratus, eamque a Magistratu etiam secernit Lyps. *de Magistrat. pop. Rom. cap.* 1.

(*i*) *l. 1. §. 2. ff. quod quisq. jur. l. 12. de leg. l. 1. de jud.* & magistratus auctore Fest. dictus a verbo magistrare, quod veteribus est regere, moderari, præesse. Paulus a magistro derivat. *l. 57. de verb. sign.* de quo vid. Brisson. *lib. 11. de verb. sign.*

ſtratio, & poteſtas jure (*k*) conſtituta eſt. In ea autem conſtitutione duo ſpectanda; poteſtas conſtituentis, & conſtituendi modus. Poteſtas conſtituendi, & creandi Magiſtratus poſt ejectos Reges penes (*l*) populum omnis fuit; ceterum translatio poſtea in Principem imperio, Magiſtratuum creatio ad curam ſolius (*m*) Principis pertinere cœpit; ut populo exinde nihil amplius hic licuerit, quam aut Princeps conceſſiſſet, aut ex veteribus legibus (*n*) relictum eſſet. Quale fuit illud jus municipiis relictum, ut municipes ſuos ſibi Magiſtratus municipales crearent, quorum juriſdictio contineretur intra (*o*) fines cujuſque municipii. Fuere autem horum Magiſtratuum duo genera, quorum crebra eſt in libris noſtris mentio (*p*): Duumviri, & Defenſores Civitatum; illi communes erant municipii Magiſtratus ad res, & cauſas civiles, perſonaſque municipii pertinentes; Defenſorum autem ſpeciale munus fuit poſitum in patrocinio innocentiæ (*q*) tenuiorum. Ac de Magiſtratibus illud obiter obſervandum, eos facere non potuiſſe (*r*), quæ imperii magis ſunt, quam juriſdictionis, quod quid ſit, paulo poſt intelligetur. De modo conſtituendi Magiſtratus a Principe non magnopere quærendum eſt; quippe cujus ſola voluntas pro lege obſervatur. Populo autem Magiſtratus curante ſuffragiis fere, aut ſorte res tranſigi ſolet, juxta cujuſque populi (*ſ*) leges, & inſtituta.

CAPUT V.

Qui juriſdictionem mandatam habeant; atque hinc porro de juriſdictione, & imperio quid inde mandari, tum quatenus ea transferri poſſit.

Supereſt alterum genus Judicum, qui juriſdictionem quidem habent, ſed (*t*) mandatam ab his, qui eam proprio jure obtinent. Hic quæſtio quadruplex: poſſitne quam quis juriſdictionem habet, eam aliis mandare; ſi poteſt, quando pro poreſtate ſit mandata; an mandata tranſeat, & quatenus; translata quomodo, & quando finiatur. Primo ſatis conſtat, juriſdictionem, quam quis habet, eam alii mandare poſſe; ſed inquam mandare, ideſt, alii exequendam dare, qui eam (*u*) nomine mandantis exerceat; nam transferre juriſdictionem ſuam in alium, atque a ſe abdicare nemo (*x*) poteſt. Ceterum non quivis mandare juriſdictionem ſuam poteſt; ſed nec cuivis mandari, neque omnia poſſunt, quæ ſunt ejus, qui juriſdictionem habet; ut jam amplius quærendum ſit; quis, cui quatenus quid eorum mandare poſſit. Principio more majorum ita comparatum fuit, ut is demum juriſdictionem mandare poſſet, qui eam (*y*) ſuo jure, non alieno beneficio haberet; ut in urbe olim Prætores, in Provinciis Proconſules, Præſides, ceterique Magiſtratus non majores tantum, ſed etiam (*z*) minores. Mandari

(*k*) Utrum Princips ſit ſupremus Magiſtratus, an majus aliquid, & excelſius, & a Magiſtratu diſcernendus, vid. Sc. Gent. *lib.* 2 *c.* 26. & *lib.* 3. *cap.* 17. Cujac. ad *l.* 2. §. *quod ad Magiſtratus. de or. jur.* Quid Senatus? Magiſtratus non eſt, niſi large: Magiſtratus enim annui, Senatoria dignitas perpetua; ſed & Ulpian. Senatorium ordinem diſtinguit a Magiſtr. *l.* 1. §. 5. *de poſtul.* Vid. tamen Cabot. 2. *diſp.* 3. Pet. Greg. 47. *ſynt.* 25. Bod. 3. *de Republ.* 1.

(*l*) Nam initio civitatis conſtat, Reges omnem poteſtatem habuiſſe. *l.* 2. §. 14. & *ſeq. de or. jur.* a Servio quidem populo quædam permiſſa, inter quæ & Magiſtratuum creatio; ſed ea conceſſio tantum fuit, non juris regii abdicatio, qua de re conſulenda hiſtoria, & Scriptores politici.

(*m*) *l.* 1. *de leg. jul. amb.* quamvis id negat Bod. 1. *de Rep.* 10. Nam quod municipia jus elligendi Magiſtratus habent, ſicut & apud nos quædam Civitates, id non jure proprio habent, ſed conſenſu Principis vel expreſſo, vel tacito; quo etiam refero præſcriptionem. Vid. omnino Pet. Greg. 4. *de Rep.* 5. & 47. *ſynt.* 11. *num.* 22. & *ſeq.*

(*n*) Hoc quidem nullis certis legibus continetur; ſed ubi id ſit, & quantum, ex fœderibus, conventionibus, privilegiis Civitatis, & populi cognoſcendum eſt.

(*o*) *l. duumvirum*, 53. C. *de decur.* Græcis hi Magiſtratus dicuntur *ϛρατηγοὶ καὶ ἄρχοντες τῶν πόλεων* *l.* 6. §. 19. & *l.* 15. §. 9. *de excuſ.*

(*p*) *l.* 1 *in pr. ſi quis jus dic. l.* 1. §. 6. *de mag. conv.* *tit.* Cod. *de def. civ.* Errat Bodin. qui negat duumviros Magiſtratus fuiſſe. 3. *de rep.* 3. vid. Sc. Gent. 2. *de juriſd.* 6.

(*q*) *l.* 3. & 4. Cod. *de def. civ.* quædam municipia & ædiles habuerunt. *l.* 30. §. 1. *loc.* Cujac. in *l.* 18. C. *de decur.*

(*r*) *l. ea quæ ad municip.* qualia ſunt, jubere, cavere prætoria ſtipulatione, in poſſeſſionem mittere, in integrum reſtituere. *l.* 3. *de juriſd. d. l. ea quæ.* §. 1.

(*ſ*) De modo creandi Magiſtratus vid. Ariſt. 3. *Polit.* 15. Bodin. 3. *de rep.* 3. de ſortitione prolixe tractat Tiraquell. *de jur. prim. q.* 17. *opin.* 1. eaque minus peccari, quam electione exiſtimat Sc. Amurat. *diſſert. pol. in Tacit. lib.* 10. *diſc.* 1.

(*t*) Vulgo *delegatam* vocant; ſicut Judex delegatus uſurpatur in jure Can. *ext. de off. deleg.* cum quo & commiſſarius confundi ſolet. Gail. 1. *obſ.* 35.

(*u*) *l.* 3. *de off. ejus. ſolet. de juriſd.* qui vice, & partibus ejus, qui mandavit, utatur. *l.* 1. §. 1. *de off. ejus.* proinde etſi is, cui mandata eſt, eam exercet; nihilominus tamen, qui mandavit, jus dicere intelligitur, per *l.* 5. §. *geſſiſſe. de admin. tut.*

(*x*) *l. pen. de off. præſ.* Quod merito conſtitutum; nam qui juriſdictionem ſuam in alium transfert, is hac translatione eum Magiſtratum facit, quod ſolius eſt populi, aut Principis, cuive id Princeps conceſſit. Vult ad *l.* 3. C. *de juriſd.* Sc. Gent. *lib.* 2. *cap.* 26.

(*y*) *l. more. de juriſd.* Qui aliena utitur, eam alteri utendam dare non magis poteſt, quam rem ſibi commodare, per *l. nemo plus. de reg. jur.* Hinc vulgatum illud: delegatum ſubdelegare non poſſe, cujus regulæ exceptiones quædam recenſentur a Coſtalio ad *l. ult. de off. ejus.* Sed natæ ex errore, quo delegationem juriſdictionis cum datione Judicis confundunt. Una exceptio ex parte vera, quod delegatus Principis ſubdelegare poteſt. Gail. 1. *obſ.* 97. Vid. *inf. litt. e. ſub finem.*

(*z*) Prætori hoc datum in *l. ſolet. l. Prætor. de juriſd.* Proconſuli in *l. legati. de off. proc.* Præſidi in *l.* 3. & 4. *de off. ejus.* Atque horum exemplo idem de ceteris ſtatuendum. *arg. d. l. more. de juriſdict. d. l.* 5. *de off. ejus.*

dari porro iis juriſdictio recte poteſt, quis Judices dari poſſunt; iis, qui non poſſunt dari Judices, non poteſt, de quo poſtea ſuo ordine opulentius. Poſtremo quatenus quid eorum, quæ diximus, mandari poſſit definiendum ex hac diſtinctione. Eorum, quæ in poteſtate Magiſtratus ſunt, quædam Magiſtratui jure Magiſtratus (*a*) competunt, quædam ſpecialiter ei tribuuntur. Jure Magiſtratus competunt duo: juriſdictio proprie dicta, ſeu ordinaria; & mixtum imperium maxime eodem modo acceptum. Quod ut planius intelligatur, res paulo altius repetenda eſt: Juriſdictio nonnunquam latius accipitur, ut etiam ea complectatur, quæ imperii ſunt, & jure Magiſtratus non (*b*) competunt; diſtinguiturque vulgo in criminalem, & civilem. Civilis iterum, aut (*c*) voluntaria dicitur, aut contentioſa. Voluntaria, quæ exercetur auctore Magiſtratu in volentes in iis, quæ geruntur extra judicium. Rurſus eorum, quæ ad hanc juriſdictionem pertinent, quædam præter approbationem, & auctoritatem Magiſtratus nihil deſiderant; cujus generis ſunt adoptio, manumiſſio (*d*), emancipatio; quædam etiam cauſæ cognitionem, & (*e*) decretum Magiſtratus, ut tranſactio de alimentis prædiorum minoris alienatio, manumiſſio a minore facienda, quibus per me licet adjiciatur tutoris datio; nam & hæc ſine judicii contentione exercetur. Ceterum nihil horum (*f*), quæ dixi, jure Magiſtratus competit, neque appellatione juriſdictionis proprie continetur. Certe de tutoris datione diſerte (*g*) ſcriptum eſt, eam nec juriſdictionis eſſe, nec imperii. Contentioſa juriſdictio eſt, quæ exercetur in invitos judicio pecuniario, ſeu civili contendentes; ad quam (*h*) pertinent actiones omnes, & quæ actionis inſtar habent; ut ſtipulationes prætoriæ, miſſio in poſſeſſionem, quatenus de his Magiſtratus cognoſcit, tum quæ pertinent ad judicium exercendum, ut Judicis dandi licentia. Hæc ſpecies proprie appellatione juriſdictionis continetur, & potiſſime huc pertinet. Etiam imperium, quod mixtum, aut non merum dicitur, jure Magiſtratus competit, nempe jubendi, imperandique poteſtas in civili negotio, efficiendique, ut ratum ſit, quod juſſerit. Hujus imperii duas item ſpecies conſtituo; unum, quod juriſdictioni (*i*) cohæret, atque ſubſervit, comparatum ad juriſdictionem contentioſam tuendam, explicandam, exequendamque; alterum, cui ineſt juriſdictio, ſeu cui tamquam principali accedit juriſdictio, atque ancillatur; unde quæ hujus imperii ſunt, magis imperii eſſe dicuntur, quam juriſdictionis, propterea, quod, ſicut in ſuperiore ſpecie juriſdictio, ita in hac magis eminet imperium. Hujus autem (*k*) generis ſunt, jubere, cavere prætoria ſtipulatione, in poſſeſſionem mittere, in integrum reſtituere, bonorum poſſeſſionem dare. Quod ſi vocem *imperii* porrigimus etiam ad ea, quæ jure Magiſtratus non competunt, exiſtimem omnia, quæ ſunt juriſdictionis voluntariæ, ad hoc idem genus pertinere; nam cum Magiſtratus auctoritate ſua interpoſita rata eſſe jubet, quæ geruntur, hic juſſus, & auctoritatis interpoſitio ſpecies quædam eſt (*l*) imperii; unde adoptio in ſpecie ſic dicta fieri dicitur imperio Magiſtratus, & dare bonorum poſſeſſionem, quod & ipſum voluntariæ juriſdi-

ctionis

(*a*) Extat diviſio in *l. 1. in pr. de off. ejus.* Jure autem Magiſtratus competere ea dicuntur, propter quæ quiſque Magiſtratus creatus, quæque illius officio initio tributa, &c. Prætor creatus, ut de cauſis privatis cognoſcat, & judicet; cuſtos ſit juris civilis. Cic. 3. *de leg.* id temperet, ſuppleat, corrigat. *l. 7. §. 1. de juſt. & jur.* Prætori igitur jure Magiſtratus competit juriſdictio contentioſa, & quod ei cohæret imperium Sed & illud imperium, cui ſubſervit juriſdictio, eadem ratione ei competit, ſi ad jus civile corrigendum, aut temperandum ſpectat, quale eſt, quod in danda bonorum poſſeſſione conſiſtit. *l. 5. de juriſd.*

(*b*) *Arg. l. 1. de juriſd. l. 1. & 4. §. 3. de damn. inf. l. 1. de off. ejus.* VVeſemb. *tit. C. de juriſd. num.* 6. Ut adeo tria hæc omnimodo juriſdictio contineat, imperium merum, mixtum, & juriſdictionem ſimplicem, juxta DD. in *d. l. 1. & l. 3. de juriſd.* idemque duplex officium Judicis ſtatuunt, nobile, & mercenarium. Nobili Judicis officio expediri ajunt ea, quæ imperii ſunt, mercenario, quæ juriſdictionis ſimplicis. Saz. ad *d. l. 1. n. 8. & ſeq.* Old. in *præf. claſſ. de off. jud.* denique hæc omnia hodie competere jure Magiſtratus. Vid. *alleg. a Treutl. diſp. de juriſd. th. 4.*

(*c*) *l. 2. de off. proc.* Marant. *part. jud. 4. diſt. 17. num.* 61.

(*d*) Ac proinde de plano tranſigi poſſunt. *l. 2. de adop. §. 1. Inſt. eod. l. 2. de off. Proc. § 6. inſt. qu. mod. jus pat. poteſt.* Vid. Sc. Gent. *l. 1. c. 20.*

(*e*) *l. 8. in pr. & §. 8. ff. de tranſ. l. 8. Cod. eod. l. 1. ff. de reb. eor. qui ſub tut. §. 4. inſtit. quibus ex cauſ. man. non lic.* adde Ant. Fab. 1. *juriſprud. Pap. 5. pr. 4.*

(*f*) Non dico omnia, quæ ſunt juriſdict. vel magiſt. habere ex ſpeciali conceſſione, nihil jure ſui Magiſtratus, ſed eas ſpecies, quas expreſſimus. Sunt enim quædam, quæ eodem pertinent, & tamen jure Magiſtratus competunt, ut de poteſtate dandæ bonorum poſſeſſionis dictum *ſup. lit. a.*

(*g*) *l. 6. §. 2. de tut.* quæ tamen & ipſa ad officium jus dicentis pertinere dicitur. *l. 1. de juriſd.* nempe ex poteſtate Magiſtratus ſemel conceſſa, idem de ſimilibus judicium eſto.

(*h*) *d. l. 1. l. 3. & 4. eod.* junct. *l. actionis. de obl. & act.* Atque de hac ſola ſpecie juriſdictionis loquuntur *tit. ff. & C. de juriſdict.*

(*i*) *l. 1. in fin. de off. ejus.* junct. *l. 3. & 4. de juriſd. l. ea quæ, ad municip.* Muſcorn. *de jurid. n.* 143. Baro in *l. ult. de off. ejus.*

(*k*) *dd. ll.* Multa hic poſt Ant. Fab. Longoval. Goveam. in contrarium noviſſime, & in ſpeciem valde ſplendide diſputat Bachov. *animadv. in Treutl. diſp. de juriſd. th. 4.*

(*l*) Non enim omne imperium in coercendo poſitum, ſed multa ſine coercitione, pro imperio tamen expediuntur. *d. l. 3. & 4. de juriſd.* In iis, quæ ſunt voluntariæ juriſd. nulla coercitio, imperium tamen. *l. 2. de adopt. §. 2. Inſtit. eod* Duar. ad *l. 5. de juriſd.* Vid. ſcite diſſerentem Sc. Gent. *lib. 2. c. 6.* Concludimus ergo, pleraque omnia, quæ nobili Judicis officio expediuntur, imperii magis eſſe, quam juriſdictionis.

dictionis est, imperio mixto adscribitur. Ex his, quæ dicta sunt, apparet, jurisdictionem & imperium, ut nominibus sunt distincta, ita & (*m*) re esse diversa, tametsi ratione personæ, cui competunt, ita inter se sint conjuncta, ut separari non (*n*) possint. Specialiter Magistratui tribui dicuntur ea, quæ nisi nominatim ei lege, aut Senatusconsulto concessa essent, jure jurisdictionis suæ ei non competerent; qualia sunt, quæ voluntariæ jurisdictioni (*o*) aggregavimus, adoptio, manumissio, emancipatio, transactio de alimentis, prædiorum minoris alienatio, item datio tutoris: quæ Magistratui non competere juris sui Magistratus, sed specialiter ei tributa esse haud multo ante ostendimus. Ad hoc genus præcipue pertinent exercitia judicii publici, & imperium, quod dicitur merum. Exercitionem publici judicii (jurisdictionem criminalem nonnulli vocant) appello facultatem cognoscendi de crimine sine exequendi potestate. Hanc jure Magistratus nemini competere, sed specialiter lege dari tradit Papinianus. Merum imperium est, habere (*p*) gladii potestatem ad animadvertendum in facinorosos; sive id fiat summo supplicio, sive fustium castigatione, sive (*q*) deportatione. Dicitur merum, quod alterius rei mixtum non habet, solum sit, & per se imperium. Quod adeo verum esse puto, ut nec publici judicii exercitio voce hujus imperii contineatur, cum illa versetur circa (*r*) cognitionum scelerum, hoc circa pœnas. Unde nec eidem semper utrumque concessum fuit; sed sæpe qui quæstiones publicas exercuerunt, jure animadversionis, seu mero imperio (*s*) caruere. Utrumque autem habuerunt Romæ Præfectus urbi, in Provinciis Proconsules, & Præsides; Legato cognitio concessa absque animadversione (*t*).

Hisce ita constitutis, jam de iis, quæ mandari possunt, ita in universum definiemus: mandari posse omnia, quæ jure Magistratus (*u*) competunt; non posse, quæ specialiter lege, Senatusconsulto, aut constitutione Principis conceduntur: ut tamen una hic exceptio intelligatur, nisi Magistratus justa de causa (*x*) abesse cogatur.

Sequitur jam, ut videamus, quando jurisdictio mandata intelligatur. De eo sic statuendum, mandatam jurisdictionem intelligi, ubi Magistratus (*y*) dicit se mandare alicui jurisdictionem suam: se jurisdictionem suam alicui exercendam dare, sive velle se, ut quis in jurisdictione vice sua, partibusque fungatur; sive jurisdictionem suam alicui dare. Enimvero mul-

---

(*m*) Nam coercere contumacem solius est imperii: cognoscere de contumacia solius jurisdictionis. Jubere caveri prætoria stipulatione, & in possessionem mittere imperii sunt; de his autem cognoscere jurisdictionis. Quamvis itaque nec imperium sine jurisdictione exerceri potest, & jurisdictio sine imperio vim nullam habet; actus tamen utriusque vere distincti. Vid. Treutl. *disp. de jurisd. th.* 3. *lib.* 6.

(*n*) Nulla est igitur jurisdictio simplex, si eam in concreto, ut a Magistratu habetur, consideres; quia nullus Magistsatus sine imperio, cujus vi jurisdictionem suam tueatur, atque explicet. *l. ult. de off. ejus. l.* 2. *de juris.* Sic anima, & corpus injuncta sunt in vivente; sic aquæ hausto concesso etiam iter venit, &c. *l.* 3. §. *ult. de serv. præd. rust.* At si consideretur in abstracto, non video, quid jurisdictio differat a nuda notione in Judice dato.

(*o*) Legis enim actio nonnisi apud Magistratum fuit. Vid. Duar. ad *l.* 3. & 5. *de jurisd.* Sc. Gent. *lib.* 2. *c.* 15. & 17. Ant. Fab. ad *l.* 2. §. 1. *de off. ejus.* At inquis, apud legatum Proconsulis manumitti, & adoptari potuit. *l.* 17. §. 1. *de man. vind. l.* 2. & 3. *de off. proc.* recte; sed non vi jurisdictionis mandatæ; verum quia id specialiter concessum sub condi.ione, si mandata sit; perinde ut Magistratibus municipalibus datum est jus dandi tutores. *l.* 3. *de tut. dat.* sed jusso Præsidis præcedente. §. 4. *Inst. de Attil. tut.*

(*p*) *l.* 3. *de jurisdict.* qua voce significatur gravior quæcumque coercitio, & pœna, qua reus ex delicto plectitur. Coras. 2. *miscel.* 17. *n.* 12. Sub honestioris autem vindictæ nomine comprehenduntur reliqui modi, quibus vita adimitur. Pet. Feb. *ad l.* 70. *de reg. jur.*

(*q*) Bartol. sex gradus meri imperii constituit, notatos a Zas. in *l.* 3. *de jurisd.* Ipse tria pœnarum genera huc refert *n.* 15. & *seqq.* quæ tamen a plerisque paulo aliter distinguuntur; nimirum, ut prima, & maxima sit, qua caput, seu vita naturalis adimitur; secunda, seu media, qua quis ex numero civium tollitur, puta deportatione, aut exilio; tertia, & minima, veluti relegatio, fustigatio &c. Treutl. *disp. de jurisd. th.* 5. quibus omnibus plerumque pœna pecuniaria adjicitur. Zas. *d. l. loc. n.* 24.

(*r*) Quod verum esse evidenter ostenditur ex Papin. in *l.* 1. *in pr.* 8. 1. *de off. ejus.* junct. *l.* 8. 8. 1. *de pœn. l.* 11. *de off. proc.* & probatur exemplo legati. *d. l.* 1. §. 1. *l.* 1. C. *de off. proc.* Obtecht. *disp.* 6. *thes.* 6. Cujac. ad *d. l.* 1. *lib.* 1. *quæst. Papin.* Frustra igitur Treutl. idem sentientem *disp. de jurisd. thes.* 3. *lit. c.* carpit Bachov.

(*s*) Hinc Judex quæstionis distinguitur a Magistratu. *l.* 1. §. 1. *ad l. Corn. de sic. leg. aliud est fraus.* §. 1. *de verb. sign.* Consule Muret. ad *l.* 2. §. 23. *de or. jur.* & in primis Nic. Gruch. *de com. Rom. lib.* 1. *c.* 2. Idem etiam apud nos usuvenire videtur; quamvis enim utrumque jus uno nomine comprehendimus *Van halsherlikheid ofte hooge jurisdictie*; idque conjunctim Vasalli, quibus summa jurisdictio data, habent; tamen quando usum hujus juris mandant, aliis cognitio tantum tribui videtur. ut iis, quos *Vvelboren mannen* adpellant; aliis animadversio, ut Baillivis. Idem de Scabinis, & prætoribus urbanis sentiendum; nam Prætor paganus, & Scabini civilem tantum jurisdictionem habent, qui constituuntur *Van de Ambachtsheer*.

(*t*) *d. l.* 1. C. *de off. proc.* junct. *l.* 1. *de off. ejus. l.* 6. §. 8. *de off. præs. l.* 6. *de off. proc. l.* 1. *de off. præs. urb.*

(*u*) Quare si verum est, quod plerique tradunt, hodie tam criminalem, quam civilem jurisdictionem jure magistratus competere, vid. *all. apud Treutl. d. disp. th.* 4. *lit.* E, & *seqq.* consequens videtur, ut etiam cujuscumque generis sit jurisdictio, aut imperium, hodie manari possit. Sane jure Can. quodcumque est cognoscibile, est delegabile. C. *quod sedem.* & ibi gloss. *de off. ord.* Cost. ad *d. l.* 1. Zas. ad *dict. tit. n.* 2.

(*x*) *dict. l.* 1. quem tamen Text. non de ipso mero imperio, seu exequutione, sed de cognitione, & exercitione criminalis judicii intelligendum esse ex Bald. ad *l.* 2. C. *de ped. Jud.* tradit Cost. ad *d. l.* 1. quod & verius puto per ea, quæ habet Osvv. Hill. in *Don. enucl. lib.* 17. *c.* 8. *lit. add. in not.*

(*y*) *l.* 3. & 4. *de off. ejus. l.* 16. *de jurisd.* Necesse est autem, ut delegatus exhibeat literas mandati, alioqui illi non creditur. C. *cum in jure. de off. deleg.* Menoch. 2. *præs.* 15.

multum interest Princeps ne, an Magistratus his verbis utatur; nam si Magistratus quibuscumque ex superioribus verbis usus fuerit, nihil amplius, quam jurisdictionem mandasse intelligitur. Quod si Magistratus Judicem dare se aliquem dixerit, is Judex solum erit; cujus effecta hæc, ut nec jurisdictionem habeat, neque alium Judicem dare (z) possit, nec ubi sententiam tulerit, eam valeat exequi. Utrumque hoc contra in Principe. Cui princeps jurisdictionem dederit, is eam propriam habebit, non mandatam; utpote quæ tamquam a (a) lege profecta sit. Effectus hic, ut ne finiatur hæc jurisdictio (b) morte Principis. Rursus, quem Princeps Judicem tantum dedit, ei & jurisdictionem mandasse intelligitur; id quod (c) effecta hic Judici tributa manifesto probant. Nam qui a Principe Judex datus est, is etiam alium Judicem dare potest, atque ab hujus sententia appellatur is, qui eum dedit, non Princeps.

Ceterum cum (d) mandata dumtaxat jurisdictio in persona Judicis a Principe delegati accipiatur, idcirco morte Principis ea (e) finietur.

Tertium est, ut quæramus quatenus mandata jurisdictio transeat. Hoc sumendum ex ipso mandato; quemadmodum & in ceteris rebus omnibus fines mandati (f) custodiendos esse constat. Si igitur tota jurisdictio mandata est, universa transit, ut tamen semper excepta esse intelligantur, quæ (g) specialiter alicui conceduntur, si pars tantum, puta in certas personas, aut causas, nihil amplius, quam quod mandatum est. Quicquid autem hic transfertur, meminerimus hactenus transire, ut semper sit aliena jurisdictio; ne pro suo imperio quid agat is, qui jurisdictionem mandatam suscepit; sed mandatoris (h) vice in ea exercenda fungatur. Itaque proprium hic (i) nihil esse mandatarii diximus. Restat quartum, & postremum, suscepta jurisdictio quibus modis, & quando esse desinat. Istud una præceptione continetur, ut dicamus jurisdictionem mandatam iisdem modis finiri, quibus & reliquarum rerum mandatum evanescit; in quo & mortem mandantis, & revocationem numerabimus (k).

CAPUT VI.

De foro competenti, seu ubi quis agere, vel conveniri debeat. Primo de locis, & causis ad jurisdictionem cujusque pertinentibus.

Tenemus qui Judices jurisdictionem, qualem, & unde acceptam habeant; quæ cognitio ad omnem Judicis, & Judicii constitutionem necessaria est, & prima. Nunc ad datos Judices, qui notionem tantum habent, transeundum esset, nisi prius, quam eo veniatur, statui oporteret, quis Judex in jurisdictione sit idoneus. Non enim continuo quivis idoneus est, qui jurisdictioni, aut judicio præest, seu necesse est, ut etiam sit (l) competens; quod inter conditiones idonei Judicis secundo loco a nobis positum est, atque hoc loco omnino tractandum; non quod in su-

(z) *l. a Judice, 5. C. de jud.* Quod contra esset, si iis verbis jurisdictio mandata intelligeretur. *l. 3. de jurisd. in fin.* adjunge *l. a divo, 15. in pr. de re jud.*

(a) Siquidem potestas dandi, & efficiendi propriam, quam Magistratus non habet, in Principe cum voluntate concurrit. *l. 6. de jurisd.* junct. *l. 1. de const. princ.* Quando autem Princeps ordinariam, aut delegatam concessisse censeatur, si verbo dandi usus non sit, vid. Menoch. 2. *præs.* 16. *n.* 23. *& seqq.*

(b) Quod contra futurum erat, si mandata tantum intelligeretur. *d. l. 6.* notum enim est, mandatum morte finiri mandatoris. *l. inter, 26. in pr. ff. Inst. eod.*

(c) *d. l. 5. C. de jud. l. un. in fin. Cod. qui sua jurisd.* junct. *l. 1. in fin. de jurisd. l. 1. in fin. l. ult. quis a quo app.* hanc autem mentem esse Principis causam delegantis existimari par est, tum propter occupationes ejus, tum quia etiam ipsa exequutio majestate ejus inferior.

(d) Sunt tamen qui contendunt, si quem in certo territorio, vel ad universitatem causarum Judicem Princeps dederit, jurisdictionem ejus propriam fecisse. Sc. Gent. *l. 2. c. 26.*

(e) *d. l. 6. de jurisd.* Hinc jam facile intelligi potest, quatenus recipiendum, quod vulgo tradunt, delegatum Principis subdelegare posse, nempe posse eum alium Judicem dare, idque semper, non tantum si propriam habeat ex datione Principis jurisdictionem, sed etsi mandatam dumtaxat, qualem etiam in eo agnoscimus, qui vel Judex a Principe datus sit. Jurisdictionem autem delegare non posse, nisi ex voluntate Principis ejus propria facta sit.

(f) *l. 19. & seqq. de jurisd. l. 5. mand.* Ad cautionem itaque advocati perscribere tradunt, ut petat palam commissionem legi, atque animadvertat, quid, & quantum mandatum sit. Potest & committens super dubio consuli. Gail. 1. *obs.* 35. *n.* 3. *& seqq.*

(g) Nam absurdum esset generali oratione plus tribui, quam speciali. *d. l. 16.* junct. *l. 1. §. 1. l. 2. de off. ejus.*

(h) *d. l. 1. §. 1.* Quapropter etsi forte majori Magistratui (puta in alieno territorio, aut aliis in causis, aut inter alias personas) minor mandavit, major tamen in mandata non majorem jurisdictionem habebit, quam quanta ejus est, qui mandavit. *l. 3. de off. ejus.*

(i) Non obstat *l. 13. de off. proc.* neque enim sequitur, legati Proconsulis nihil proprium habent, nisi a Proconsule eis mandata sit jurisdictio, ergo ubi mandata est jurisdictio, eorum est propria, & aperte negatur in *d. l. 1. §. 1.* sed hoc tantum mandata jurisdictione quædam illius propria fieri; quod non negamus; ejusmodi autem sunt tutoris datio, suspecti cognitio, & si qua sunt alia, quæ jure proprio habet specialiter ei tributa, occasione quidem, sed non vi mandatæ jurisdictionis, & fortassis ad ejusmodi solum causas pertinet, quod Venul. scribit in *l. 2. quis a quo app.* a legato Proconsulem appellari.

(k) §. *item si. Inst. de mand. l. 14. C. eod.* Ordinaria autem Magistratus potestas morte Principis non solvitur. *c. 2. de off. deleg. in 6.* vid. Bod. *3. de rep. 2.*

(l) *Tit. C. si a non comp. jud.* usurpatur hoc verbum a veteribus in *l. 2. si quis in jus voc. l. pen. ff. de jurisd. l. 1. Cod. eod.* Dicitur autem competens eodem sensu, quo dicimus res aliquas nobis competere, ut actiones, usuras, libertatem. *Inst. de perp. & temp. act. in pr. & §. 1. l. lecta. in fin. si cert. pet. l. ult. §. ult. de inoff.*

ſuperiore tantum genere competentem Judicem quærimus, ſed quia hoc non conſtituto fruſtra quæritur Judex datus, utpote qui nonniſi a competente recte detur.

Competentem Judicem generaliter definimus eum, cujus de ea re, qua de agitur, notio eſt; ac proinde apud quem quis agere, vel conveniri (*m*) debeat, ſive cujus ſit ſorum competens, hoc eſt, litigatorum proprium. Quod ſi Judex jurisdictionem habeat, is dicitur competens, cujus de ea re (*n*) juriſdictio eſt. Itaque qui hæc duo noverit, quam & quantam juriſdictionem Judex habeat, tum an id, de quo agitur, ad juriſdictionem ejus pertineat, ſimul noverit, ſit ne hic Judex competens, nec ne. Et id quidem in mandata juriſdictione facile colligitur; quippe ubi (*o*) tantum juriſdictionis quiſque habet, quantum mandatum eſt, non amplius; at in eo, cujus propria eſt juriſdictio, hæc quæſtio non æque expedita eſt, ac proinde in eo ſolo diſceptanda. Omnis juriſdictio tribus hiſce rebus (*p*) circumſcribitur: loco, in quo jus dicitur; cauſis, ad quas pertinet juriſdictio; perſonis juriſdictionis cujuſque Judicis ſubjectis; quibus & (*q*) quartum adjici poſſe exiſtimo, ordinem, ſi forte inferior prius adeundus, quam ad ſuperiorem veniatur, cui tantum jus eſt de appellatione cognoſcere; de quo tamen plura in præſentia non dicam, quia de appellationibus ex profeſſo nobis tractandum, primo judicio abſoluto. Principio non omnibus locis quivis Magiſtratus, aut Judex præficitur, ſed certa cuique loca attributa ſunt, in quibus pro poteſtate jus reddat, quorum comprehenſio (*r*) territorium appellatur, ex eo quod Magiſtratus, aut Judex in iis locis (*ſ*) terrendi jus habet. Extra hæc loca plane privati ſunt. Sic olim Prætores Romæ, in Provinciis Proconſules, & Præſides, ſed in ſua quiſque Provincia juriſdictionem habuerunt; extra ea loca nulla eis fuit juriſdictio, aut notio, ne in (*t*) conſentientes quidem. Ceterum de his locis, qui tituli extant tum in Digeſtis, tum in Codice, nihil admodum hac in quæſtione nos juvare poſſunt, utpote forma Imperii Romani una cum ipſa Republica mutata. Conſulendæ potius ſuper ea re leges, & inſtituta cujuſque gentis, & civitatis, & in his Magiſtratuum, muniorumque cujuſque (*u*) deſcriptio. Secundo nec in his ipſis locis cujuſque Magiſtratus continuo juriſdictio eſt, ſed certæ plerumque cauſæ juriſdictioni cujuſque attributæ ſunt. Quod & ipſum etſi melius ex legibus cujuſque civitatis cognoſcitur, quam ex jure Romano; tamen nec illæ rem omnino expediunt. Ut igitur quid certi hic ſtatuatur, utemur hac diviſione. Ex iis, qui juriſdictionem habent, quidam ſpecialiter præficiuntur certis cauſis; quidam ſimpliciter, & generaliter, juri dicundo. Sic apud Romanos (*x*) quidam cauſis criminalibus præficiebatur, quidam civilibus, & pecuniariis. In civilibus iterum alii (*y*) cauſas exercebant fiſcales, ut procurator fiſci, qui idem procurator Cæſaris, & rationalis; alii privatorum. Rurſus in privatis cauſis quibuſdam certæ ſpecies tantum attributæ, ut Prætori fideicommiſſario (*z*); quibuſdam cauſæ qui

(*m*) *Tit. ff. de jud. & ubi qu. ag. vel conv. deb. tit. C. de juriſd. & foro comp. & lit. ext. de foro comp.* Forum autem, auctore Varr. 4. *de lingua lat.* a ferendo dictum, quod eo conferrent controverſias ſuas, & quæ vendere vellent; quæ notatio non magis foro negotiario, quam judiciario, de quo agimus, convenit.

(*n*) *l. 2. ſi quis in jus voc. non ier.* qua clauſula & Prætor uſus eſt in edicto de re judicata.

(*o*) De quo ex primaria juriſdictione eorum, qui juriſdictioni præſunt, ſtatuendum, ut dictum *c. præc.*

(*p*) Quamvis enim juriſdictio omnis eadem reſpectu eſſentiæ, & naturæ ſuæ; tamen loco, cauſis, & perſonis limitata eſt. Vult. ad *l. 1. C. de juriſd. nu.* 18. quo pertinent clauſulæ toties inculcatæ; pro ſua juriſdictione, ſecundum juriſdictionem ſuam, & ſimiles. *l. 2. ſi quis in jus voc. §. 4. Inſt. de Att. tut. l. un. ſi quis jus dic.*

(*q*) Non male enim incompetentia ordinis vocatur, cum inferior, cujus cognitionem præcedere oportet, præteritur. Vultej. ad *l. 4. C. de juriſd. n.* 19. qui tamen ad *d. l. C. eod. nu.* 149. vult ſuperiorem tunc æque competentem eſſe, ſed ordinem non eſſe confundendum.

(*r*) Meminerimus vocem territorii hic accipi pro finibus, intra quos juriſdictio continetur; ideoque plures idem territorium habere poſſe; ſicut olim in urbe diverſis cauſis præfecti Magiſtratus habuerunt, & in Provincia cum aliis Magiſtratibus procurator Cæſaris. Eodemque ſenſu & Rector Academiæ territorium habet. Alioqui ſi territorium accipiamus pro regione, aut civitate, quæ alicui ſubjecta eſt, aut regenda data, plures una territorium non habent. Vult. ad 1. *Cod. de juriſd. n.* 53.

(*ſ*) Ideſt, ſubmovendi. *l. pupillus. §. territorium. de verb. ſign.* intellige turbam per lictores, qui Magiſtratibus populi Romani cum faſcibus præibant. Alciat. ad *§. territorium.* Aliis aliorum notationes magis placent. Territorii autem ſynonimum videtur diſtrictus, quæ vox a diſtringendo, ideſt, coercendo dicta. Alii tamen eam latius patere volunt. Her. de Mont. *de fin. reg. c. 7. n. 9.* Vid. Alc. *d. loc.*

(*t*) *l. 3. de off. præſ. l. ult. de juriſd. l. 3. C. eod.* Nihil igitur obſtat *l. 1. Cod. de jud.* Atque hinc vulgatum illud; prorogationem juriſdictionis de loco ad locum non admitti, niſi convenerit, ut alio quidem, quam recepto loco judicetur, ſed intra territorium; nam extra territorium transferri judicandi poteſtas non poteſt; veluti ut Judex Leidenſis judicet Amſtelodami. Excipiunt ea, quæ ſunt juriſdictionis voluntariæ, per *l. 2. de off. proc.* Covarr. 2. *reſ.* 20. *n.* 8.

(*u*) Nam & nomina Magiſtratuum, eorumque munia frequentari deſierunt, ac ipſa juriſdictionis ratio plurimum innovata, ut hæc ad noſtra tempora vix accomodari queant. Conſule Guid. Pancirolo de notis utriuſque imperii. Foreſt. 1. *de juriſd. Rom.* Petr. Greg. 7. *ſyntag.*

(*x*) Unde alii judices criminales dicti, alii civiles. *tit. C. de off. civ. jud. item tit. ut Jud. tam civil. quam milit.*

(*y*) *Tit. ff. de off. proc. Cæſ. & tit. C. ubi cauſ. fiſc.*

(*z*) *l. 2. §. capta. verſ. Divus. de or. jur. §. 1. in fin. Inſt. de fid. hær.* Sic de controverſiis feudalibus conſuetudine feudorum judicant dominus feudi, & pares Curiæ. Vide tamen Zaſ. in *epit. in uſu feud. part.* 7. Apud nos de iiſdem cauſis in prima inſtantia judicat Curia feudalis, extra eas cauſas Vaſallus ordinariæ juriſdictioni ſubjicitur. Certæ item cauſæ attributæ Profecto ſylvis, *den Houdveſter en Meeſter Knapen.* Vid. Merul. *l. 3. ſyntag. prax. civ.*

quidem omnes, sed ad certam tantum quantitatem; ut defensoribus civitatum initio ad quinquaginta, postea ad (*a*) trecentos aureos. Quod si in hac specie quæratur, quæ quantitas intra modum jurisdictionis consistat, quæ eum excedat, semper inspiciendum est, quantum (*b*) petatur, non quantum debeatur. Sed etsi idem pluribus actionibus experiamur, quarum singularum quantitas intra modum consistat, coacervatæ excedant, adhuc dicendum est (*c*) recte eum agere. Non idem tamen probandum est in judiciis (*d*) diversoriis, si tota res in judicium deducta modum jurisdictionis excedat. Cum autem generaliter quis, & sine ulla causæ designatione juri dicundo præponitur, hujus de (*e*) omni causa jurisdictio est. Duo tantum causarum genera hic excipiuntur: unum earum, quæ jure Magistratus non competunt, ut sunt causæ meri imperii, & reliquæ, quæ nominatim specialiter concedi solent; alterum earum, quæ alteri postea specialiter constituto nominatim attribuuntur. Quamvis enim plerique existiment, jurisdictionem hoc in casu cumulari; verius tamen esse, tantum de jurisdictione generali prioris Magistratus detrahi, quantum illi alteri postea tribuitur, non solum exempla Prætoris fideicommissarii, & procuratoris Cæsaris (*f*) ostendunt; sed etiam certa ratione juris defenditur, cum in toto jure generi per speciem derogetur. Sane qui professionem aliquam, aut negotiationem exercent, possunt quidem in his causis suos habere Judices, ad quos (*g*) summa professionis Collegii cura pertinet; ceterum quorum specialis jurisdictio concurrat cum generali jurisdictione Præsidis, ut is hic sit Judex, quem actor elegerit, neutrius forum reus declinare possit, sicuti nominatim (*h*) cautum est. Atque hæc causarum, quæ ad jurisdictionem cujusque Judicis pertinent, descriptio est, qua cognita, in universum ita definire licebit: unumquemque Judicem de causis sibi attributis cognoscere oportere, extra eas causas etiam in territorio suo jus dicenti impune non (*i*) pareri. Quod tamen & ipsum cum hoc temperamento accipiemus, ut si quid præter causam principalem in judicium inciderit, ad officium Judicis pertineat (*k*) incidentem quæstionem, etsi de ea principaliter cognoscere non potest, examinare, non ut de ea pronuntiet, sed de re in judicium (*l*) principaliter deducta. Ceterum tota hæc definitio ad invitos pertinet; nam in consentientes etiam in aliis causis jurisdictio est, ut docebimus capite proximo.

CAPUT VII.

Quæ personæ, quibus de causis judicis cujusque jurisdictioni subjiciantur.

NOn est satis ad competentem Judicem constituendum, ut jus dicat in territorio suo, idque in causis jurisdictioni suæ attributis: tertium accedere oportet, ut & cognoscat inter eas personas, quæ jurisdictioni ejus subjectæ sunt. Hæc vero pars non tam ex constitutione cujusque Magistratus, aut legibus civitatis, quam ex jure constituto cognoscitur; nisi forte sint, qui specialiter inter certas personas (quod raro admodum accidit) Judices (*m*) constituantur, ut olim magister militum inter milites, procurator fisci inter fiscum, & alias personas; & ex novella lege Rector Academiæ inter studiosos; qui tamen & ipsi ex certis causis etiam in alios jurisdictionem habent; de quo postea suo ordine.

Subjicitur quisque jurisdictioni alicujus aut vo-

(*a*) *l.* 11. *d. jurisd.* junct. *l.* 1. *C. de defens. civ. nov.* 15. *c.* 3. §. *ult.* ubi Cujac.

(*b*) *l. pen.* §. *ult. de jurisd.* Fingebatur eum, a quo in proposita specie quadringenta petebantur, in trecentis condemnatum, dicendum est, nec in trecentis sententiam valere, quia petitio modum excessit jurisdictionis. At vice versa, si cum quadringenta debebantur, trecenta tantum petita, inque ea condemnatio facta, valebit sententia. Dubitandi causas expendit Zas. ad *d.* §. *ult. n.* 3. *& trib. seqq.* Quid si valor rei pendente lite creverit? visum est Assessoribus Camer. Imper. tale incrementum non excludere limitatam alioqui jurisdictionem. Myns. 3. *obs.* 100.

(*c*) *d. l.* 11. *in pr. de jurisd.* neque enim summæ concervari debent ad excludendam jurisdictionem Judicis alias competentis, quod est odiosum. *d. l.* 11. §. 1. *in fin. arg. C. odia. de reg. jur. in* 6. Zas. ad *jur. in* 6. Alias ubi id favorabile, ut in specie *l.* 9. §. 1. *de pact.* summarum plurium cumulatio ad *d. l.* 11. *n.* 4. *& seqq.*

(*d*) Propter adjudicationem totius, quæ in unum aliquem conferri potest. *d. l.* 11. §. *ult.*

(*e*) *Arg. l. si servitus*, 23. *de serv. præd. urb.* Exceptio primi generis ex iis, quæ dicta sunt *cap. preced.* satis manifesta.

(*f*) *l.* 2. §. *capta. de or. jur. l.* 1. *&* 2. *C. ub. ca. fisc.* junct. *l. in toto, de reg. jur.* nisi expresse contra cautum, ut in specie *l.* 1. *C. de off. præf. urb.* Communis tamen sententia est, jurisdictionem in una specie causarum favore publico concessam in dubio censeri factum cumulative. Menoch. 2. *præsumpt.* 18. *n.* 26. *& seqq.*

(*g*) Seu causarum ad negotiationem Collegii pertinentium. Gail. 2. *obs.* 20. *n.* 9.

(*h*) *l. ult. C. de jurisd.* Concurrit itaque hic jurisdictio Proconsulis quidem ex potestate generali; ex peculiari ejus, ad quem ista cura pertinet, & coram uno conventus fori præscriptionem non habet. add. Vult. ad *d. l. ult.* De judicio mercatorum, & quid peculiare habeat, vid. Benv. Stracha *de mercat.* add. Gail. 2. *obs.* 20.

(*i*) *l.* 11. *& d. l. ult. ff. l.* 1. *C. de jurisd. l.* 1. *C. de peda. jud. l.* 61. §. 1. *de judic.*

(*k*) *l.* 1. *C. de ord. jud. l.* 1. *C. de off. rect. prov. l.* 3. *C. de jud. arg. l.* 2. *ff. de jurisdict.*

(*l*) Nam ultra id, quod in judicium deductum est, excedere potestas Judicis non potest. *l. ut fundus. com. div.* Tantum igitur summarie de quæstione incidenti cognoscet, ut, ea expedita, tertius de principali negotio statuere possit, ne continentia causæ dividatur. VVesemb. ad *d. l.* 3. *C. de jud. n.* 3. *&* 4. Stch. ad *d. l.* 2. quem omnino vide.

(*m*) Vide obiter *l. magisteria*, 6. *Cod. de jurisd. tit. C. ut Jud. tam civil. quam milit. l.* 1. *C. de ped. jud. Auth. habita*, *C. ne. fil. pro patr.*

volens, aut (n) invitus. Volens quicumque judicis alicujus audientiam sequitur; quamvis jure non subjiciatur ejus jurisdictioni. Qua de re extat brevis, & enodate totam hanc partem complectens definitio Ulpiani: Si se subjiciant aliqui jurisdictioni, & consentiant, in (c) consentientes cujusvis Judicis, qui Tribunali præest, aut aliam jurisdictionem habet, est jurisdictio. Ex hac definitione apparet, tres hic conditiones esse spectandas: si quis se subjiciat jurisdictioni Judicis; si in eum consentiat; si is Judex aliquam jurisdictionem habeat. Subjicit quis se jurisdictioni alicujus aut verbis, aut (p) re ipsa, & facto. Verbis, conventione extrajudiciali. Conventio hæc aut nuda est, & simplex, aut justa, & legitima. Qui simpliciter extra judicium in alium judicem consensit, sententiam mutare (q), antequam is adeatur, impune potest. Justa autem, & legitima conventio, qualis jure civili est stipulatio, vitari propter actionem, quæ ex ea nascitur, non (r) potest. Re ipsa, & facto, si quis ad non suum Judicem vocatus audientiam ejus elegit, idest, actionem suscepit, sive litem contestatus est (s), omissa fori præscriptione; nam ante litis contestationem, si reus quid dixerit, aut fecerit, verbi causa, si desideraverit sibi (t) edi genus actionis, non videtur in Judicem consensisse. Secunda conditio est, si in Judicem litigatores consentiant. Fieri enim potest, ut reus in superioribus actis non consenserit, qui si id (u) probare paratus erit, audiendus est; ab actore utique non alia consensus probatio exigitur. Dissensum arguunt duo: error, & vis Magistratus. Error, si quis alium Judicem pro alio admiserit (y), putans ejus jurisdictionem esse, cujus non erat. Vis Magistratus, si quis invitus, & ad forum suum revocans alienam subire jurisdictionem a Magistratu (x) compellatur. Illud obiter de consensu notandum, non aliorum consensum hic exigi, quam ipsorum litigatorum; ac ne Prætoris quidem (z) aditi. Postrema conditio est, si Judex, in quem consensum est, aut Tribunali præest, aut aliam jurisdictionem habeat, idest, si (a) aliquam habeat, aut propriam, aut (b) mandatam; neque enim potest privatorum consensus eum efficere Judicem, qui nulli judicio præest, nec quod is statuit, vim judicati habere. Ceterum, ut ad prorogandam jurisdictionem nihil refert, qualem jurisdictionem Judex habeat; ita nihil quoque interest, quantam habeat, omnimodam, an certis finibus, aut caussis definitam, dummodo jus dicat in suo (c) territorio. Sive igitur exterus quis, sive miles, sive pagani, sive privati, sive studiosi, sive personæ ecclesiasticæ alterius Judicis, quam ad cujus jurisdictionem pertinebant, audientiam ultro sequuti fuerint, in consen-

tientes

(n) Uterque quidem lege, sed alter lege jubente, alter permittente; in summa forum competens, aut ex partium consensu, aut sola juris auctoritate. add. Vult. ad *l.* 1. C. *de jurisd. n.* 69. Boch. *de jurisd. c.* 6. *n.* 1.

(o) *l.* 1. *ff. de jud.* Licet prius non subjicerentur, quod vel ex alieno territorio, vel personæ, aut caussæ exceptæ, aut etiam quod litigans major Judice, vel æqualis. *l.* 14. *ff. de jurisd.*

(p) Sive conventione expressa, aut tacita, ut alii; res enim eodem recidit.

(q) Nempe ubi de prorogandа jurisdictione Judicis incompetentis, & de pacisente obligando agitur, breviter, si convenerit, ut alterius jurisdictionem subeat. *l.* 18. *de jurisd.* junct. *l.* 7. §. 4. *de pact.* Quando autem pacisсendo non egit, ut se alterius jurisdictioni subjiceret, sed ne fori præscriptione uteretur, revocando ad Judicem, quem ex privilegio habet; hæc pactio exceptione, aut replicatione servari potest. Don. ad *l. pen. num.* 4. Cod. *de pact.* Hodie autem hæc distinctio supervacua; cum etiam ex nudo pacto actio nascatur, juxta scita juris Can. *cap.* 2. *&* 3. *ext. de pact.* & DD. comm. opin.

(r) Non quod is, qui id justa conventione caverit, districte cogatur Judicis, cujus se jurisdictioni subjecit, audientiam sequi, sed quod voluntatem mutans, teneatur in id, quod interest adversarii, aut pœna subjecta adversus eum committatur, ut tenent omnes DD. in *d. l.* 18. teste Zas. *ibid. n.* 13.

(s) *l.* 1. C. *de jurisd. l. sed etsi susceperit*, *ff. de jud.* itaque duæ res hic reum jurisdictioni subjiciunt, contractus per *l.* 3. §. *idem scribit. de pecul. l. heres.* §. 1. *de jud.* deinde fori præscriptionis initio litis opponendæ omissio. *l. ult.* C. *de exc.*

(t) *l. non videtur*, 33. *de jud.* Nam editionem actionis nemo postulat, ut neget, quod intenditur, sed ut cognoscat, qua actione conveniatur; eoque cognito, sciat, utrum cedere, an contendere debeat. *l.* 1. *de edend.* Joan. & Azo. in *l.* 1. *de jud.* Zas. ad *d. l.* 18. *n.* 3. *&* 4. Quid si exceptio dilatoria opposita sit, Jurisdictio censetur tacite prorogata, ut DD. concord.

(u) Cautus itaque reus comparens utetur protestatione de non proroganda jurisdictione, nisi quatenus jure teneatur.

(x) Nam error consensum non habet. *l.* 15. *de jurisd. l.* 2. *de jud.* Idque verum est, sive unus erret, sive uterque, nisi errore comperto nihilominus procedant. Zas. in *d. l.* 15. *num.* 19. *&* 26. nec in proposito interest, facti error sit, an juris. *d. l.* 2. *de jud.* Zas. *d. loc. num.* 26. *& du. seq.* Dissent. Irnet. eumque sequutus Duar. ad *d. l.* 15. *per l.* 8. *in pr. de jur. & fact. ign. l.* 2. *de conf.*

(y) *d. l.* 2. *in fin. pr. de jud. l. nihil tam consensui. de reg. jur. l. si mulier.* §. *si dos metu*, & ibi gloss. *quod met. caus.* Doctores & ad dubitantem hæc extendunt per *l. fin.* C. *de cond. ind.* Zas. *dict. loc n.* 12.

(z) *d. l.* 2. §. 1. Ac nec Judicis ordinarii, & competentis, utpote cui nihil adimatur. Vult. ad *l.* 1. C. *de jurisd. n.* 66. Vid. tamen eumd. ad *d. l.* 1. *n.* 168. Duar. *de jud.* & C. *de for. comp.* Gail. 1. *observ.* 40. *n.* 3.

(a) *l.* 1. *de jud. per l.* 3. C. *eod.* denique quod non est, prorogari non potest. *l.* 5. *de prec.*

(b) *d. l.* 2. *l.* 1. §. 1. *& l. pen. de off. ejus.* Dissent. comm. DD. & cum iis Zas. ad *d. l.* 15. *n.* 15. quorum opinio jure Can. probatur *c.* C. P. *&* G. 40. *de off. del.* mediam viam ad conciliationem aperit Osvvald. Hill. *lib.* 17. *c.* 10. *lit. pr.* Bald. quoque distinguit inter mandatam universitatem, & unam tantum caussam in *l.* 1. *de jud. in add. sub. fin.*

(c) Extra quod nulla ejus jurisdict. ne in consentientes quidem. *l. ult. de jurisdict.* junct. *l.* 3. *de judic.*

tientes cujusvis Iudicis erit (*d*) jurisdictio. Sed etsi Judex de aliis causis, quam quibus praefectus est, aditus sit, nihilominus in (*e*) consentientes erit illius jurisdictio. Hoc unum modo spectandum, an causa, de qua aditus est, jurisdictio illius sufficiat; nam si non sufficit, non est in potestate privatorum novam cuiquam jurisdictionem (*f*) dare. Quamobrem duas causas hic excipiemus: animadversionem in facinorosos in Judice (*g*) civili; tum etiam controversiam, quae ad Ecclesiam, & (*h*) Fidei doctrinam pertinet, in Judice politico. Effectus prorogatae jurisdictionis hic, ut tantam Judex electus in consentientes habeat, quantam haberet, si jure ad jurisdictionem ejus (*i*) pertinerent, quare si mandatam habuit, ea finita, etiam finietur prorogata.

De iis, qui inviti jurisdictioni Judicis, ad quem vocati sunt, subjiciuntur, varie jure constituitur, atque in eo consideratur partim persona conventi, partim causa. Qui convenitur, aut ex alterius persona convenitur, aut ex sua. Ex persona alterius conventi ibi conveniri, ibique se defendere debent, ubi is debuit, ex cujus persona conveniuntur. Eorum duo genera: haeres, & defensor. De haerede haec Ulpiani (k) definitio est: haeres absens ibi defendendus est, ubi defunctus debuit, & conveniendus, si ibi inveniatur, nulloque suo proprio privilegio excusatur. Ait absens, ut hunc a praesente distinguat in conveniendi (*l*) facultate; quoniam absens, etsi in jus vocari potest, conveniri tamen per naturam non potest, quod in praesentem solum cadit, qui idcirco non minus ibi conveniri, quam defendi debet. Ait defendendus est, ubi defunctus debuit; igitur etsi ex sua persona alibi forum sortiatur, & se defendere deberet. Ait nulloque suo proprio privilegio excusatur. Privilegium intelligit proprii Judicis, ad quem vocare haeredi liceat, etiamsi jure communi ex sua persona recte (*m*) conveniatur. Id vero geminum est; publicum, & privatum. Publicum, quod jure publico certo generi personarum tribuitur; quale est scholasticorum, militum, ecclesiasticorum, quibus revocandi potestas ad proprios suos Judices legibus publicis data (*n*) est. Privatum est, quod cuique a Principe speciali diplomate ob gratiam, dignitatemve indulgetur. Neutro autem haeres ex persona defuncti conventus se tueri potest. Ac de privato arbitror mihi cum ceteris constare, de publico plerique dissentiunt. Sed si id, quod jure publico certo generi personarum tribuitur, proprium cujusque recte dicitur, utpote cujus commodum ad singulos suo nomine (*o*) pertinet, utique manifestum est, etiam tale privilegium superiore definitione excludi. Et vero (*p*) ratio juris non patitur, ut is, qui in jus alterius succedit, ejus jure non utatur, cum perquam iniquum sit, eum, qui cum defuncto contraxit, conditionem, & privilegium sequi haeredis. Exemplo sunto pupillus, & fiscus, quibus etsi sua quoque privilegia publicis legibus tributa sunt, tamen si non ex sua persona, sed ex defuncti, cui haeredes extiterunt, conveniantur, placet eos non privilegiis sibi datis, sed jure defuncti (*q*) uti debere. Defensoris, idest, ejus, qui alium in judicio defendit, eadem causa; nam sive is volens, sive jure coactus defensionem suscepit, forum domini sequi debet, cujus vicem subjisse intel-

(*d*) *l.* 1. *Cod. de jurisd.* *l. pen. Cod. de pact.* Ecclesiasticis quidem personis proprii judices attributi posterior Imp. const. *l. placet. Cod. de Episc. & Cler. Auth. statuimus. Cod. de Episc. aud.* sed ita ne inviti ad alios vocentur; nam quominus ultro se subjiciant, & privilegio suo renuncient, nihil est impedimento. *d. l. pen.* Jus autem Canonic. Ecclesiasticos jurisdict. Magistratus politici penitus exemit. *c. significasti. & c. si diligenti. ext. de for. compet.*

(*e*) Exemp. in *d. l. 1. C. de Jurisd.* idque sive genere causarum definita sit jurisdictio, sive quantitate. *l. 28. ad municip.* dummodo causae sint ejusdem naturae, nec genere summo tantum conveniant, ut causae civiles, & criminales. *l. 1. C. ub. ea. sit.*

(*f*) *d. l. 1* junct. *l. 3. C. de jud.* nec obstat *l. 1. ff. de jud.* nam in consentientes non alia jurisdictio exercetur, quam quae prius fuerat.

(*g*) Cui ea nec generaliter, nec specialiter tribuitur. *l. 1. de offic. ejus.* junct. *dict. l. 1.*

(*h*) Neque enim ea est vel Principis ipsius auctoritas, ut potestate sua αὐτοκρατορικῇ hujusmodi controversias dirimere possit, sed nec diremptas remediis a Christo institutis exequi potest. Quid vero hic licere debeat Ecclesiae, cujus potestas tota est διακονική, tum quanta hic sit Synodorum legitime convocatarum auctoritas, Theologis ex verbo Dei definiendum relinquo.

(*i*) Prorogata jurisdictio ejusdem efficitur naturae, & conditionis, cujus est ordinaria; itaque si a Judice illo appellare non licet, nec licebit prorogata jurisd. Vasq. 2. *contr. us. freq. 14. n. 25.*

(*k*) Extat in *l. haeres, 19. in pr. de jud.* add. *l. si is. 34. eod.*

(*l*) Id quod sequens membrum indicat, & hoc sentit, haeredem quamvis absentem ibi defendendum esse, ubi defunctus debuit, etsi praesens inveniatur etiam conveniendum, non minus tamen absens in jus vocandus, prius quam bonorum possessionem, aut distractionem patiatur.

(*m*) Nempe in iis locis, ubi id jure licet; cujusmodi loca vulgaria sunt duo; ubi domicilium quis habet, & ubi contraxit. *d. l. haeres. §. 1.*

(*n*) *d. l. pen. C. de pact. l. 7. C. de jud. l. 6. C. de jurisd. Auth. habita. C. ne fil. pro patr. l. placet. C. de Episc. & Cler. Auth. statuimus. C. de Episc. aud.*

(*o*) *l. 1. §. in propria. quand. app.* Et vero si singulos spectamus, & usum hujusmodi privilegiorum, non potestatem utendi, singulorum propria sunt. Denique constat & id, quod commune est, proprium nostrum dici, utique pro ea parte, quae nostra est. *l. pupillus. §. ult. de verb. sign.* Contraria tamen sententia obtinuit. Bart. Castr. Costal. ad *d. l. haeres.*

(*p*) *l. qui in jus, 177. de reg. jur.* Junct. *l. 3. in fin. pr. quib. ex ca. in poss. eat.*

(*q*) *d. l. 3. in pr.* junct. *l. 6. in pr. qu. ex ca. in poss. l. 6. de jur. fisc. l. cum quidam, 17. §. fiscus. ff. de usur.* junct. *l. 2. C. de priv. fisc.*

intelligitur. Exemplo eſſe poteſt venditor in cauſa (r) evictionis.

Solum igitur hoc ſupereſt, ut quæramus, ubi quiſque ex ſua perſona forum ſortiatur, eadem opera intellecturi quo in foro quis conveniri debeat ex perſona aliena.

CAPUT VIII.

Ubi quiſque, & quibus de cauſis ex ſua perſona forum ſortiatur. Primum de domicilio.

EX ſua perſona forum quiſque ſortitur certis, & conſtitutis de cauſis; idque aut jure communi, aut proprio, & ſingulari. Jure communi cauſæ definitæ quatuor, ubi quis domicilium habet; obligatio ibi contracta; rei, de cujus poſſeſſione, aut proprietate agitur; judicium ibi conſtitutum, ubi quis convenitur. Tres priores locum habent etiam ab initio, & rebus adhuc integris; quarta nonniſi judicio cœpto, & re jam affecta. Domicilium duplex; unum commune, alterum privatum cujuſque. Commune olim fuit Roma, quæ idcirco veteribus dicta eſt (ſ) communis patria. Omnes igitur, qui Romæ (t) inventi eſſent; ibi conveniri poterant; ibi ſe defendere debebant; niſi jus haberent revocandi rem ad privatum domicilium; quod duobus generibus perſonarum tantum conceſſum erat; legatis, qui a civitate, aut municipio ad Principem, aut Senatum mittebantur; tum (u) generaliter omnibus, qui neceſſaria aliqua de cauſa Romam veniſſent; puta, teſtimonii dicendi, aut judicandi, tutelæve reddendæ gratia evocati, aut qui cauſa provocationis exercendæ Romæ eſſe cogebantur (x). Sed hæc poteſtas utriſque data fuit ſub conditione; legatis, ſi non (y) legatione contraxiſſent; ceteris, ſi non contraxiſſent (z) Romæ. Quod ſi hi Romæ, illi etiam extra Provinciam contraxiſſent, placebat eos hoc beneficio uti non poſſe. Utrumque tamen ſuas habuit exceptiones. Et legati quidem, etſi Romæ contraxiſſent, tamen jus revocandi domum retinebant tribus in cauſis: ſi (a) hæreditatem adiiſſent; ſi damnum aliquod, vel injuriam paſſi, eam judicio legitimo (b) ultum irent; quod jus etiam ad ceteros, quod diximus, pertinuiſſe (c) credibile eſt; poſtremo ſi pecuniam in Provincia debitam, in legatione (d) conſtituiſſent ſe ſoluturos. Contra non ſolum legati, ſed etiam ceteri omnes, etſi Romæ nihil contraxiſſent, tamen hoc beneficio, aut in totum interdum non utebantur, aut, ſi quando uterentur, non utebantur niſi cum temperamento. In totum non utebantur, ubi res ſine ulla mora, & detrimento præſtari poterat, quales ſunt ſtipulationes prætoriæ. Temperamentum duplex: litis conteſtatio aliquando, & cautio judicio ſiſti (e). Litem conteſtari cogebantur, quæ deinde conteſtata in Provinciam transferebatur; quotieſcumque periculum eſſet, ne ſi admonitio protelaretur, in damnum (f) temporale creditor incideret. In omnibus autem quaſi reliquis hoc ſaltem ab iis eligebatur, ut Prætorem adirent privilegia ſua allegaturi; deinde Prætore auctore, cauſa cognita, cavebant, ſeſe in provincia judicio (g) ſtituros. Hæc etſi mutato imperio Romano exoleverunt, operæ tamen fuit ſummam eorum colligere, ne quid in uſitato jure negotii nobis faceſſat hujus ignoratio.

Privatum, & (h) proprium quiſque domicilium aut a ſe habet, aut ab alio, cujus forum

(r) *l. venditor*, 49. *de jud. l.* 1. *Cod. ub. in rem act.* add. *l. minor*. 51. *l. ſed & hæ*, 35. §. *defendere de proc.* VVeſſemb. ad *l.* 2. *Cod. ub. in rem act.* Duar. *de jud.* C. *de for. comp. ſub fin.* Gail. 1. *obſ.* 37. *n.* 7. ubi idem jus & in Clerico defenſore ſervari teſtatur; ceterum fidejuſſor non coram Judice debitoris, ſed ſuo recte convenitur, Hering. *de fidei. c.* 23.

(ſ) *l.* 2. §. *omnes*. *l. non verus*, 24. *de jud. l. Roma*. *ad munic.* Cic. 2. in *Rull.* Rebuffusquoque Lutetiam Francis communem patriam vocat. *priv. ſchol.* 77.

(t) *d. l.* 2. §. *omnes*, *& ſeqq.* Abſens autem municeps, & qui Romæ privatum domicilium non habebat, e ſua patria Romam evocari non potuit.

(u) Utrumque genus notatum in *d. l.* 2. §. *legatis*. *de jud.*

(x) Idem probandum eſſe ajunt, ſi quis ex cauſa quidem neceſſaria, aut probabili eo venerit, puta religionis, vel ſtudiorum poſt gloſſ. communiter receptam in *dict.* §. *legatis*. Covarr. *pract. qq. c.* 5. *n.* 1. Rebuffus & ad parentes filios ſtudioſos inviſentes, itemque nuncios pecunias iis ferentes extendit. *d. priv.* 77.

(y) Ideſt, extra Provinciam ſuam. Romæ, an in Italia, an in Provincia, dummodo non ſua, nihil refert. *d. l.* 2. §. *item ſi*, 5. eoque pertinet *l. inſula*, 9. *cod.* Ceterum ſi quid, quamvis jam deſignati legati contraxiſſent in ſua Provincia, placebat eos nihilominus privilegio ſuo uti poſſe.

(z) *d. l.* 2. §. *omnes*. *l.* 8. *eod.* Contraxiſſe autem intellecti ſunt a veteribus, ſive etiam quid deliquiſſent. *l. omnem*, 20. *& d. l.* 24. *eod.* §. 1.

(a) *l. de eo*, 26. *eod.* ubi hæc additur ratio, ne impediatur legatio, quæ ratio ad legatos tantum, non etiam ad ceteros Romæ hæreditatem adeuntes perti net.

(b) Hi ſi mutuo convenirentur, non cogebantur ibid. (quod alias regulare. *l. qui non cogitur*, 22. *eod.*) actiones excipere. *d. l.* 2. 5.

(c) Nam ratio Juliani, ne impune damnis, aut contumeliis afficiantur, &c. ad ceteros quoque pertinet. *d. l.* 2. §. 5.

(d) *l.* 8 *cod.* Hoc ideo, quia in conſtituto id agitur, ut conſtituens eodem jure ſit, quo foret in priori obl. *l.* 33. *in pr. de donat.*

(e) Ut cautio damni infecti, & legatorum nomine. *l. de eo*, 26. *& ſeq. de jud.*

(f) Scilicet quod ex dilatione metuitur in temporalibus actionibus, cum periculum eſt, ne ſi non in tempore agatur, dies actionis exeat. *l.* 2. §. *pen. eod.* Hoc periculum, lite conteſtata, tollitur. *l. ult. in fin. de fidejuſſ. & nominat.* Et Legato tamen, quoad licet, privilegium ſuum ſervatur, dum lis in Provinciam transfertur.

(g) In quo nuda cautio, non etiam ſatiſdatio ab his exigebatur. *d. l.* 2. §. 6. *l.* 5. *C. eod.*

forum sequitur. Quod a se habet, est locus, in quo quisque habitat eo animo, ut ibi perpetuo consistat, nisi quid avocet. Duæ igitur res, quæ hac definitione continentur, domicilium constituunt: habitatio, & animus consistendi. Primum sine habitatione sola domus possessio alicubi comparata domicilium (*i*) non facit. Sed etsi quis habitationem alicubi conduxerit, non tamen eo animo, ut ibi sedem figeret, sed ad tempus tantum moraretur, non intelligitur domicilium ibi (*k*) habere, puta legatus legationis fungendæ causa, mercator mercaturæ, studiosus studiorum gratia alicubi morantur, non idcirco domicilium eorum ibi esse intelligitur, ubi earum rerum nomine (*l*) consistunt. Animus perpetuo consistendi duabus ex rebus colligitur: ex muniis vitæ quotidianæ, si quis omnia agat, quæ cives ejus loci, & incolæ (*m*) agere consueverunt: item ex conditione personæ, si ob eam aliquo in loco consistere necesse est. Exemplo sit Senator, qui in urbe, etsi liberum commeatum acceperit, incles, qui si nihil in patria possidet, ubi manet; relegatus, qui ibi, quo relegatus est (*n*), necessarium domicilium accipiunt liberti, eorumque filii a patrono; servus in libertatem proclamans a (*o*) domino; mulier nupta a marito, atque adeo vidua, donec se alii viro (*p*) junxerit. Domicilio constituto, repeto juris de eo constitutionem: unumquemque ibi defendendum esse, ibi forum suum habere, vel quod idem valet, jurisdictioni Judicis subjici (*q*), ubi domicilium habet. Res expedita est, si ambo litigatores eodem in loco domicilium habeant.

At quid si in diversis, reusne actoris, an hic illius forum sequetur? Et certa est juris constitutio (*r*), actorem rei forum sequi debere; idque non minus in criminalibus causis, quam civilibus; non minus in actionibus in rem, quam in personam. Quid ergo si incidant judicia, in quibus dubites, uter actor sit, uter reus; ut in causa status, itemque in duplicibus judiciis dubitari potest? Dicendum est, in causa status, si quis pro libero se gerens ex possessione libertatis petatur in servitutem, eum, qui se dominum dicit (*s*), actorem esse, illum reum: vice versa, si quis ex possessione servitutis proclamet in libertatem, eum actorem esse, reum qui se dominum dicit. Idem & in causa libertinitatis, & ingenuitatis probandum. In duplicibus judiciis major dubitatio, quia par omnium causa. Magis tamen placuit, eum videri actorem, qui ad judicium (*t*) provocavit. Quod si ambo simul provocaverint, forte rem discernendam.

C 4

(*h*) Eleganter hoc domicilium describitur, venustius tamen, quam certius in *l. cives*. C. *de inco. lib.* 10. Est & domicilium aliquod originis, cujus ratione munera civilia obire necesse est; non autem subire jurisdictionem. *l.* 6. *in pr. ad munic.* add. Goed. ad *l. provinciales*, 19. *n.* 4. *de verb. sign.*

(*i*) Etiamsi quis plures domos in eadem civitate habeat, dum in illis non habitet. *l. libertus*, 17. §. *sola domus*, *ad municip. l.* 4. C. *de inco.* Domus enim possessio facti est; domicilii constitutio juris. Etenim ubi domicilium, ibi necesse est etiam sit domus, saltem conducta, aut gratis concessa. Vid. Cujac. 14. *obs.* 12. & 24. *obs.* 33. Goed. ad *l. in lege censoria. de verb. sign. n.* 2.

(*k*) Unde Imp. in *d. l. cives*. C. *de inco.* domicilium ibi esse definiunt, ubi quis larem, rerumque, ac fortunarum suarum summam constituit. Sed etsi majorem partem bonorum alibi quis habeat, quam ubi moratur, dummodo animus ibi consistendi, & domicilium constituendi manifeste appareat, incolam fieri tradit Menoch. 2. *arbitr. c.* 86. *num.* 2.

(*l*) *l.* 2. C. *de inco.* Non poterit igitur studiosus in eo loco, quo studiorum causa degit, tamquam in loco domicilii conveniri ex contractu alibi inito, ut post Bart. ad *l.* 19. §. 2. *n.* 3. *de jud.* tradit Rebuff. *priv. schol.* 121. quamvis ex consuetudine, aut statuto studiosi pro civibus habeantur per *l. quod favore*, *Cod. de leg.* add. Vult. in *l.* 2. C. *de jurisd. n.* 19. & *seq.*

(*m*) De quibus in *l. ejus*, 27. §. 1. *ad munic.* Alc. in *l. pupillus*, 229. §. *incola. de verb. sign.* Qui pluribus locis ita se instruxit, totidem domicilia habet. *l.* 5. & 6. §. 2. *ad mun.* Gloss. in *l. fin. in verb. inter absentes*. C. *de præsc. long. temp.* Gail. 2. *obs.* 35. *n.* 8. Ubi autem plura sunt rei domicilia, electio est actoris. *arg. l.* 4. *de eo quod cert. loc.* ejus, qui patria ejectus, novas sedes quærit, domicilium nusquam est. *l. ejus qui*, 27. §. 2. *ad munic.*

(*n*) *leg. filii*, 22. §. *penult.* & 3. *leg.* 23. §. 1. *dict. tit.*

(*o*) De libertis, eorumque filiis est in *d. l.* 22. *in pr. de serv. ind. tit.* C. *ubi ca. sta.*

(*p*) *d. l.* 22. §. 1. *l. ult.* Cod. *de incol. l. exigere*, 65. *de jud. l. pen. in fin. de jurisd.* Proinde si ante contractum matrimonium aliud forum habuit, atque ex causa antiquiore conveniatur, posterius mariti domicilium forum facit, *arg. d. l. pen. de jurisd.*

(*q*) *l.* 19. §. 1. & *ult. de jud.* Quid si domicilium transtulit prius quam conveniretur? dicemus mutatione domicilii mutari & forum. *d. l. pen. d. l. ult.* C. *de incol.* Domicilium vero originis ut naturale est, ita & immutabile jure Rom. *l.* 6. *in pr. ad mun. l. pen.* Cod. *de mun. & orig. lib.* 10. nempe respectu honorum & munerum personalium. Vult. ad *l.* 2. Cod. *de jurisd. n.* 8. Bod. 1. *de rep.* 6. Sed aliter se se habet consuetudo ubique fere recepta; nam civis renuncians civitati, & domicilium alio transferens civis esse desinit, non solum quoad jurisdictionem, sed etiam quoad munera. Afflict. *decis.* 184. Gail. 2. *obs.* 36. *n.* 6. & *seq.*

(*r*) *l.* 2. & 5. C. *de jurisd. l. ult.* C. *ubi in rem act. l.* 3. C. *ub. ca. sta.* Jus dudum ex æquitate naturæ, quæ & regulis juris confirmata. *l. favorabiliores. l. in pari*, 128. *de reg. jur.* Estque adeo naturæ conveniens, ut eum, quem persequimur, in loco, ubi est, quæramus. Vult. ad *l.* 5. C. *de jurisdict. n.* 2.

(*s*) *l.* 3. & 4. C. *ub. ca. sta.* nisi dolo malo in possessionem venerit. *l.* 1. C. *ed. tit.* Servus quidem, ut servus, forum non habet, sed interim dum litigat, pro libero habetur. *l.* 24. *de lib. ca.*

(*t*) Quasi is magis actor videatur, a quo litis initium. *l.* 13. *de jud. l.* 2. *in fin. comm. div.* eoque puto pertinere *l. qui appellat*, 29. *de jud.* Vid. *l.* 14. *eod.* add. Gothof. ad *l. ult. pr.* C. *comm. d. leg.*

CAPUT IX.

Ubi quisque se obligavit, ibi quoque conveniri posse, ibi se defendere debere quacumque ex causa ea obligatio nascatur.

PRoxima jurisdictionis subeundæ causa est obligatio ibi contracta, ubi agitur. Cujus juris ratio in veris contractibus partim petita est ex (*u*) tacita quadam conventione, partim ex (*x*) natura, & conditione cujusque obligationis, quæ hæc est, ut quo quidque modo contractum est, eodem dissolvatur; in quasi contractibus, & maleficiis ex sola (*y*) conditione obligationis. Igitur sic jus est, ubi quis contraxit, ibi si conveniatur, unumquemque se defendere (*z*) debere. Quatuor hic nobis expendenda: contractus verbo quid hic intelligamus; quem locum contractus accipi oporteat; quæ hic defendi necessitas; postremo sitne hoc jus perpetuum. Principio non usitato more, neque ex proprietate verbi contractum hic accipimus; sed Pauli (*a*) definitionem in eo sequimur, omnem obligationem in hac parte juris pro contractu habendam existimandum esse, ut ubicumque aliquis obligetur, ibi & contrahi videatur, quamvis non debeatur ex causa crediti. Quod ait omnem obligationem, constat μετωνυμικῶς accipiendum pro omni facto (*b*) obligatorio, sive contractus sit, sive quasi contractus, sive (*c*) maleficium, sive quasi maleficium; est enim in his omnibus eadem lex, & (*d*) conditio obligationis, ut ubi quæque contracta est, ibi & dissolvi debeat. Secundo etiam locus, ubi quid contractum dicitur, suas habet observationes. De eo sic placuit: si in contrahendo dictum non est, quo loco rem præstari oporteat, eum locum contractus intelligi, in quo res (*e*) gesta est. Sin autem expresse cautum, ut alio loco, quam in quo res gesta est, præstetur, hunc locum accipiendum, tamquam re ibi (*f*) contracta. Id quod luculenter declarari potest exemplo ejus, quod certo loco dari promissum est. Nam quod placuit etiam alio quovis loco ex ea causa agi posse actione arbitraria, id (*g*) utilitatis causa contra rationem juris communis postea inductum est, neque est hujus loci. Tertium sequitur, quæ hic jurisdictionis subeundæ necessitas. Primum ex his verbis, reum se ibi defendere debere, constat nullam hic actori necessitatem, sed omnem reo imponi, data actori electione, utrubi eum convenire velit, ubi domicilium habet; aut ubi (*h*) contraxit. Secundo necessitas hæc non ita præcisa est, ut si non inveniatur reus, ubi contraxit, neque defendatur, eo † remitti eum oporteat, quod in re pecuniaria inauditum: sed eadem hic pœna constituta est, quæ adversus reliquos omnes, qui non defenduntur, sive absint, sive præsentes latitent, nempe ut bona, quæ ibi habet, patiatur (*i*) possideri. Quod si nulla ibi habeat, nec ullæ adversus eum erunt partes Judicis illius loci, quamquam hodie aliud longe † observetur. Postremum

(*u*) Quasi id agatur inter contrahentes. ut quod alicubi contrahitur, id eodem loco solvatur. *l. argentarium*, 45. §. 1. *de jud.*

(*x*) Quæ hæc est, ut idem sit locus contrahendæ, & dissolvendæ obligationis. *l. nihil tam naturale, de reg. jur.* Bene præcipitur in *l. 6. de solut.* ex jure sumi, quod agi videtur.

(*y*) Cui accedit, quod veriora documenta ibi præstari possunt, ubi negotia gesta, aut admissum maleficium; ratio in publicis ratiociniis reddita in *l. ult. in fin* Cod. *ub. de rat. tam publ. quam priv.*

(*z*) *l. 3. de reb. auct. jud. poss. leg.* 19. §. 1. *&* 2. *de jud.*

(*a*) In *l. omnem*, 20. *de jud.* alias cum contractus, opponitur maleficio, contractus, & quasi contractus tantum comprehendit, sicut maleficium, maleficia, & quasi maleficia. *l. ex contractibus, de obl. & act.* §. 1. *Inst. de perp. & tem. act. & similib.*

(*b*) Ut & in definitione Labeonis. *l. 19. de verb. sign.* ubi contractum definit, ultro, citroque obligationem, intelligens id factum, ex quo ultro, citroque obligatio nascitur.

(*c*) *l. 9.* §. 1. *l. non alias*, 24. §. 1. *l. uxor.*, 42. *de jud. l.* 1. *&* 2. C. *ub. de crim.*

(*d*) Notandumque quod ait Paul. hæc facta pro contractu habenda, effectu scilicet juris, ne quis hic nobis objiciat *l.* 1. §. 1. *de pact. l. 1. de reb. cred.* §. *ult. Inst. de obl.* proprie enim contractus non sunt.

(*e*) *l. 19.* §. 1. *l. argentarium*, 45. §. *eod.* Non tamen ubi Instrumentum confectum contractus probandi causa. *l. non figura*, 38. *de obl. & act.* nisi placuerit, ut res scripto gereretur, per *l. contractus*, C. *de fid. inst.* non item ubi contractus confirmatus per *l. 8. de jud.* Hai.. 2. *obs.* 1. *num.* 4.

(*f*) Locum contractus non ex initio rei gestæ veteres æstimant, sed ex solutione, in quam obligatio collata *l. 3. de reb. auct. jud. poss. l. contraxisse, de obl. & act.*

(*g*) Vid. *l. 14. & pen. ff. de eo, quod cert. loc.*

(*h*) *d. l. heres*, 19. §. 1. *& ult. de jud.* vid. *inf. cap.* 12. Quid autem si reus absit? nihil hic adjicitur de præsente, aut absente reo, unde intelligitur, nihil referre, an inveniatur ibi, ubi contraxit, nec ne, & certius adhuc ex eo, quod pœna, nempe ut bona ibi possideri patiatur, quæ in *d. l.* 19. §. 1. statuitur, adversus omnes, qui non defenduntur, ex æquo valeat. *l. 2. qu. ex ca. in poss.*

† Quæ sententia fuit Joannis, & Azonis, præcisam hanc esse necessitatem existimantium; quod aliis merito displicuit, & repudiata est hæc transmissio in *c.* 1. §. *contrahentes, de for. comp. in 6.* Covar. *pract. qq.* 10. *n.* 4. ubi *n.* 5. excipit, nisi quis specialiter renunciaverit privilegio fori, & sequitur Gail. 1. *de pact. publ.* 16. *n.* 32. ex gloss. in *l. 1. si quis in jus voc.*

(*i*) *d. l.* 19. §. 2. Est itaque hic aliqua necessitas defendendi, sed consequentiæ tantum, ut pœna videtur, utrum autem hic reum citari oporteat a Judice loci contractus, an per subsidium Judicis loci domicilii, vid. Zang. *de except. part.* 2. *cap.* 1. *n.* 64. *& seqq.*

† Nempe id, quod jure Can. constitutum est in *d. c.* 1. §. *contrahentes*, ut Judex ejus loci, in quo bona sua sunt, decretum exequatur. Sane nec a jure civili alienum est, ut sententiam alibi dictam Judex alterius provinciæ exequatur. *l. 15.* §. 1. *de re jud. & jurisd.* alia aliam adjuvet. *l. 8.* C. *de Episc. aud.* Gail. 1. *obser.* 113. *num.* 1. *&* 155. *num.* 2. Sed hoc verum puto, si reus jurisdictioni Judicis illius subjectus sit. *arg. l. ult. de jurisd.* puta si domicilium ibi habeat. Bona autem quæ quis alicubi habet, jurisdictioni eum non subjiciunt, nisi de eorum proprietate, aut possessione agatur.

mum est, sitne hoc jus perpetuum; & utique si in omnibus factis obligatoriis una, & eadem est causa, cur se ibi quisque defendere debeat, ubi contraxit, quia se ibi obligavit, consequens est dicere, jus hoc generale esse, & (k) perpetuum. Plane una exceptio esse potest, si convenerit, ne se ibi defendere reus cogatur, ubi contraxit, quæ conventio etiam ex intervallo interposita ex generali edicto de pactis (l) servanda est.

Porro quod in expressa conventione admissum, id etiam in tacita (m) recipiendum fuit. Tacite id convenisse, atque actum esse intelligitur vel ex conditione personæ in certis causis, vel ex genere obligationis. Ex qualitate personæ in mercatore advena: item in marito in causa dotis. In mercatore advena, ut hanc conjecturam faciamus, duo omnino concurrere oportet: ut sit viator, qui sic venit, ut statim sit discessurus inde, ubi contraxit, nec merces ibi venum (n) expositurus; deinde ne pars altera (o) conditionem ejus ignoret. Maritus etsi dotem alibi acceperit, tamen si quando ea repetetur, non cogitur alibi se defendere, quam ubi domicilium (p) habet; hoc ideo, quia mulier dotem dando, hoc ipsum egisse videatur, utpote quæ in mariti domicilium per conditionem matrimonii erat reditura. Ex qualitate obligationis in constituto receptum est, ut quamvis quis alibi constituerit se soluturum, quam ubi debetur, tamen non cogatur ibi judicium pati, ubi constituit, sed ibi solum, ubi (q) debetur; ut hic non constituti obligatio, sed origo ejus, & causa spectanda sit, nempe principale debitum. Hisce exceptionibus remotis, generaliter ita jus est, ut ibi se quisque defendere debeat, ubi se obligavit, quocumque ex facto ea obligatio nascatur. Ceterum existunt hic nonnullæ dubitationes tum in quasi contractibus circa legata, & fideicommissa, tum in maleficiis, & criminibus, de quibus idcirco amplius cognoscendum.

Diximus in omnibus causis observari, ut qui se obligavit, alterutro horum locorum se defendere debeat, aut ubi domicilium habet, aut ubi contraxit. Sed an idem adversus hæredem observandum sit, quoties ex quasi contractu nomine legati, aut fideicommissi actione personali convenitur, dubitandum est. Ego nihil hic novi juris constitutum esse arbitror. Primo certi juris est, fideicommissum ibi recte peti, ubi hæres domicilium (r) habet. Extra domicilium unus locus, ubi (ſ) contraxit. Contraxisse quemque videri ante diximus, non utique ubi negotium gestum est, sed ubi pecunia ex consensu (t) solvenda. Jam vero si hanc definitionem etiam hic sequi volumus, dicendum est, ibi hæredem contraxisse videri, ubi testator fideicommissum præstari voluit. Certe testatoris voluntas in testamento totum (u) facit, cui se subjicere hæres intelligitur, quisquis hæreditatem adit. Igitur in aperta voluntate testatoris quid hic sequamur, obscurum esse non potest. In re dubia hac utemur (x) conjectura. Existimabimus dum præstetur, quod legatum est; in reliquo magis ad sublevandos, quam ad onerandos hæredes suos (y) faciles esse testatorum voluntates. Hæc ergo probata hic distinctio. Interest, utrum certa species legata sit, an quantitas, sive id, quod pondere, numero, mensura constat. In specie; sive re certa legata hæc tacitæ voluntatis defuncti interpretatio est, ut existimetur ibi eam dari voluisse, ubi (z) est, etiamsi alibi petatur. Unde vero hoc conjicimus? nimirum ex commodo hæredis, quem testator, ut credibile est, onerari noluit sumptu, & molestia trasferendi. His autem consequens est, etiam petitionem hujus legati

(k) *d. l. hæres*, §. 1. *l. omnem*, *de jud.* junct. *l. illud. ad l. Aquil*

(l) *d. l. hæres*. §. *proinde*. junct. *l.* 7. §. *sed cum nulla*, *ff. de pact. l. in bonæ*, *Cod. eodem*.

(m) Quippe quæ conventiones non minus valeant, quam verbis nuncupatæ. *l.* 4. *de pact. l.* 3. *de reb. cred.*

(n) Si ibi stationem, aut officinam, pergulamve non habuerit, vel conduxerit. *d. l. hæres*, §. *proinde*. Ita tamen, si creditor fidem ejus sequutus sit, alias conveniri eum posse, & arrestum adversus recessurum impetrari, donec satisfaciat, receptum est. Nundinis quoque datum, ut qui ad eas veniunt, debitis alio, quam nundinarum tempore contractis, conveniri non possint *l.* 1. *Cod. de nund.*

(o) *d.* §. *proinde*. Neque enim videri potest in conditionem Personæ consensisse, qui in ea erravit. *l.* 2. *de judic.*

(p) *l. exigere*, 65. *eod.* ubi ratio, quam subjicimus, ad Ulp. redditur. add. Gomes. ad *l. Tauri*, 50. *& tres seqq. num.* 50. qui hinc recte infert, si in loco domicilii mariti aliqua lex sit, vel consuetudo de dote lucranda, vel communicandis bonis, & hujus solius loci in eo rationem habendam, non domicilii uxoris, aut ejus, in quo matrimonium contractum.

(q) *l.* 8. *de jud.* Ratio addita, quæ non solum ad legatos, sed omnes, qui quid uspiam constituerunt, pertinet, est in *l. qui id quod*, 33. *in pr. de donat.* Scrupulum movere posset *l.* 5. §. 1. *de pec. const.* sed locus ipse evincit ibi deesse particulam negationis. Pac. 3. *q.* 21. Aliam conciliandi rationem habes apud Cujac. 13. *obs.* 17.

(r) Sive illic hæreditas est, sive nulla pars hæreditatis. *l. si fideicommissum*, 50. §. *ult. de jud.*

(ſ) Per ea, quæ paulo ante dicta sunt.

(t) *l.* 3. *de reb. jud. poss. l. contraxisse*, *de obl. & act.*

(u) *l. ex facto*, 35. §. *rerum*, *de hær. inst. l. si mihi*, 12. *in fin. de leg.* 1. ut hic quærendum non sit, utrum eo loco hæreditas, vel major pars hæreditatis, cum voluntas præstationi legem dederit. *d. l.* 50. *in pr.*

(x) Qua veteres in aliis rebus omnibus, ad voluntatem defuncti pertinentibus, utuntur. *l. cum proponebatur*, 64. *de leg.* 2. *l. pater*, 101. *de condit. & demonst.* & in hac parte juris in *l. cum res*, 47. *de leg.* 1. in *l. sed etsi*, 52. §. 1. *&* 2. *de jud.*

(y) Ut bene de judicio testatorum erga hæredes scripsit Pap. in *l. unum*, 67. §. *si rem*, *de leg.* 2.

(z) *l. quod legatur*, 38. *de jud. d. l. cum res*, *de leg.* 1.

legati eo in loco institui posse, ubi res (*a*) est, quasi hæres ibi contraxerit. Sed non solus hic locus est, ubi certæ rei fideicommissum quasi ex contractu recte petatur; nam & ibi peti posse (*b*) traditum est, ubi major pars est hæreditatis.

Sumptum & hoc ex voluntate defuncti, qui (*c*) utrobique hæredi in loco præstandi legati consultum voluisse creditur. Quod si res incerta, sive quantitas legata proponatur, ibi eam peti oportebit, ubi relicta est hæreditas, si modo ea tota in uno relicta loco. Sin diversis locis sit dispersa, ibi petenda erit, ubi (*d*) major pars hæreditatis relicta est. Quod & ipsum ex conjectura voluntatis constitutum est, quo facilior esset hæredi (*e*) præstatio. Major autem pars hæreditatis existimatur ibi esse, ubi plus est bonorum hæreditariorum, nullo detracto ære alieno; nam æs alienum totius (*f*) patrimonii minuit, non unius, & certi loci facultates, nisi forte ad id præstandum (*g*) destinatæ sint. Enimvero hoc totum ita recipiemus, nisi proclivior conjectura eo revocet, ubi hæreditatis pars minor est. Ducitur hæc conjectura aut ex consensu hæredis, aut ex genere rei legatæ, ut ex conditione fideicommissarii. Hæres in eam rem trifariam consentire videtur: si aperte consenserit, quod dubitationem non habet; si solvere ibi fideicommissum cœperit; si ibi susceperit judicium (*h*) omissa fori præscriptione. Ex genere legati eadem testatoris voluntas colligitur, si pecunia relicta est ad parandam eam rem, quæ præstari tantum certo in loco recte potest. Finge (*i*) tesseras frumentarias alicui legatas, quæ Romæ tantum a Præfecto annonæ percipiebantur. Ex conditione legatarii idem conjicimus, si is propter munus publicum in uno loco morari cogatur, & pars hæreditatis eo loco relicta sufficiat ad legati solutionem. Fac, verbi causa, Senatorem esse, non (*k*) verisimile defunctum, qui honorem tali viro habitum voluit, ob rem modicam inde discedere voluisse. Maleficiorum, quatenus de his civiliter agitur, eadem (*l*) causa est; in accusationibus autem criminalibus nonnihil hoc jus variat. Primum ubi civiliter agitur, etiam in his causis est in (*m*) consentientes jurisdictio; deinde & illud convenit, posse delinquentes duobus his locis conveniri, & accusari; ubi (*n*) domicilium habent; item ubi (*o*) deliquerunt. In criminibus, sive judiciis criminalibus duo hæc propria sancita sunt. Primum est, ut contra quam in causis civilibus, & pecuniariis jus est, ubicumque rei criminis (*p*) reperiuntur accusati, ibi se defendere cogantur, exigente hoc utilitate publica, & disciplinæ publicæ (*q*) vigore. Secundum est, ut si non inveniatur reus in eo loco, ubi deliquit,

(*a*) Quod & traditum est in *l. sed etsi susceperit*, §. 3. *de jud.*

(*b*) Aut certe intelligitur ex *d. l.* 52. §. 3. Dixi autem quasi ex contractu, ut indicarem locum, in quo præter superiorem, quasi contraxisse hæres intelligitur, non ut in hac petitione excluderem locum domicilii, in quo semper conveniri potest. *l.* 50. §. *ult. d. tit.*

(*c*) Quamobrem liberum est legatario vel hoc, vel illo loco hæredem convenire, ita tamen, ut nonnisi uno in loco rei sitæ conveniatur immutabiliter. In summa conventus in loco domicilii, potest revocare ad locum majoris partis hæreditatis, & vicissim hinc illo; potest & eo, ubi res est. *d. l.* 50. *in pr. &* §. *ult.* Convento autem ubi res est, præscriptio denegatur. *d. l.* 52. §. 3. quod semper hæredi commodum, rem ibi præstare, ubi est.

(*d*) *l. un. Cod. ub. fideicomm. pet. op. d. l.* 50. *in pr. de jud.*

(*e*) Unde tamquam obligatione his locis contracta secundum jus perpetuum, ibi rem peti oportuit.

(*f*) Hæc est summa. *d. l.* 50. §. 1. Finge hæreditatem duobus in locis esse, Amstelodami ad tria millia, Ultrajecti ad duo; sed Amstelodami defunctum contraxisse æs alienum ad duo millia; utro loco major pars hæreditatis? nimirum Amstelodami; cum non loci sit æs alienum, sed universarum facultatum.

(*g*) Puta certi loci prædia alimentis præstandis, vel tributis, vel aliis oneribus publice, privatimve impositis. *d. l.* 50. §. 1.

(*h*) Hæc in *d. l.* 50. *in fin. & du. ll. seq. eod.* Quod ex voluntate defuncti hunc consensum hæredis confirmantis maxime sumitur, nam extra judic. quidem solus consensus hæredis id non efficeret. *leg.* 18. *de jurisd.*

(*i*) Quo exemplo utitur Ulp. in *d. l.* 52. §. 1. Erant autem tesseræ frumentariæ frustilla lignea, aut plumbea certa forma insignita, quæ dabantur iis, quibus jus erat petendi frumenti publici. Sveton. in *Ner. c.* 11. & ejus Scholiast. Beroald. add. Turneb. 19. *adv.* 26. Lips. 1. *elect.* 8.

(*k*) Collectio est ejusdem Ulp. in *d. l.* 52. §. 2. & alias sæpe dignitatis rationem haberi constat. *l.* 12. §. 1. *vers. Juventius, de us. & hab. l. si servus plurium*, §. *fin. de leg.* 1.

(*l*) Nempe ut delinquentes tum in loco domicilii, tum etiam ubi deliquerunt, conveniri possint. Nam, ut ante dictum, generali significatione contractus etiam delicta veniunt.

(*m*) Vulgo etiam si criminaliter; nam in causis criminalibus jurisdictio prorogari posse traditur, dummodo in eum consentiatur, cui jus est de hisce causis cognoscere inter suos, quæ sententia comm. Clar. 5. *sent.* §. *fin. q.* 52. Gail. 1. *de pac.* 12. *num.* 10. Veritati autem theoricæ non convenire ostendit Vult. in *l.* 1. *Cod. de jurisd. c.* 80. *&* 135.

(*n*) *l.* 2. *in verb. ubi degit*. *C. ubi de crim. ag. op. junct. l. un. Cod. ub. de hæred. ag.* Clar. *d.* §. *fin. q.* 30. *n.* 3. ubi tractat, an Judex domicilii possit ex officio per inquisitionem procedere contra subditum, qui extra territorium deliquit. add. Farinac. *qu. crim.* 6. *num.* 25. Covarr. 99. *pract.* 11. *n.* 4.

(*o*) *l.* 1. *& Auth. quæ in provincia*. *Cod. ub. de crim. l.* 7. §. *pen. l. ult. ff. de accus. l.* 3. *de off. præf.* Atque hic locus maxime proprius, & principalis. Quis locus delicti, ubi admissum, an ubi consummatum, puta in homicidio, ubi cædes facta, an ubi mors sequuta; tum quis competens, ubi delictum in confinibus patrarum, vid. Decian. 4. *tract. crim.* 17. *n.* 6. *& seqq.* Farinac. *pr. crim. qu.* 7. *n.* 44.

(*p*) Etiamsi ibi non deliquerint, aut domicilium non habeant. *d. l.* 1. *in verb.* ubi reperiuntur. *l.* 3. *de off. præs.* atque ita usu servari testatur Vult. ad *d. l.* 1. *n.* 4. quamvis Accurs. Bartol. & DD. in *d. l.* 1. dissentiunt, verba ea, ubi reperiuntur, sic accipientes, ubi reperiuntur domicilium habere. Vagabundum tamen excipiunt.

(*q*) *l. locatio*. §. 4. *de publ. l. ita vulneratus*, 51. *ad leg. Aqu. d. l.* 3. *de off. pr.*

quit, possit Judex ejus loci scribere ad Præsidem Provinciæ, in qua reus agere dicitur, & (*r*) desiderare, ut ad se remittatur, nempe etiam hoc existimatum est publice expedire, ut ibi in sontes exempla publicæ vindictæ edantur, ubi (*s*) deliquerunt. Quin etiam pœna constituta est adversus Præsides tergiversantes, eorumque cohortes: si quid dolo eorum factum esset, quominus reus prehenderetur, aut transmitteretur prehensus (*t*).

CAPUT X.

Etiam rem, de cujus possessione, aut proprietate agitur, possessorem subjicere jurisdictioni ejus loci, in quo sita est, simul ubi de possessione, de proprietate, itemque de hæreditate agatur.

Ex tribus causis, quæ invitum quemque ex sua persona rebus integris subjiciunt jurisdictioni Judicis, apud quem agitur, absolutæ sunt duæ priores: domicilium cujusque, & obligatio alicubi contracta. Occurrit jam tertia, ipsa res. Hæc si de possessione, aut proprietate ejus agitur, subjicit possessorem jurisdictioni Judicis, in cujus territorio (*u*) sita est. Habet hæc subjectio duo propria, & singularia. Primum, quod etsi neque domicilium ibi reus habeat, neque ibi contraxerit, nihilominus tamen Judicem illius loci pro competente agnoscere debeat. Secundum, quod non solum agi ibi loci possit, sed etiam debeat, reo id postulante. Igitur de possessione sic primum statuamus: quocumque interdicto de possessione agitur, sive unde vi, de ea (*x*) recuperanda, de qua vi dejecti sumus; sive uti possidetis, de (*y*) retinenda, in qua turbamur, sive quorum bonorum, de (*z*) adipiscenda possessione rerum hæreditariarum, in his omnibus causis hoc jure observari, ut ibi institui actionem † necesse sit, ubi res sitæ sunt. Licet & in controversia proprietatis eadem illa duo cognoscere. Est autem de proprietate duplex actio: una de rebus singulis, quæ specialiter in rem dicitur; altera de universitate, idest, hæreditate, quæ inde dicta est (*a*) hæreditatis petitio. In actione in rem de rebus singulis eadem illa duo, quæ in controversiis possessionum, sine rerum discrimine observanda. Primum extra controversiam est, posse etiam invito reo hanc actionem institui eo loco, ubi (*b*) res sita sit, exclusa omni fori præscriptione. Alterum non æque expeditum, quod diximus eo loco etiam agi debere, adeo ut possessor alibi conventus, quamvis ibi domicilium habeat, illo tamen revocare possit. Equidem (*c*) vulgo placere video, quod & usu receptum est, non minus in hac causa, quam in actionibus in personam, domicilii rationem habendam esse, ut ibi quoque possessor recte conveniatur, conventus ibi se defendere debeat; neque parum me movet cum publico usu conspirans pœne omnium consensus; sed tamen loci hac de re (*d*) scripti, collatio (*e*) judicii possessori cum petitorio, ratio denique juris constituti

(*r*) *l.* 9. §. *ult. de accus. l.* 7. *de cust. & exh. reor.* plenissime in *Nov.* 134. *cap.* 5. Potest & ex urbanitate fieri remissio, etsi non petatur. Covarr. *pr. qq.* 11. *n.* 5. nec hodie aliter fieri solet, necessitate remittendi consuetudine sublata, ut plerique prodidere. Monach. ad *l. ult. C. de jurisd. n.* 31. Gail. 1. *de pa. pub.* 16. *n.* 31. VVesemb. in *l.* 1. *C. ub. de crim. n.* 2.

(*s*) *l.* 28. §. *pen. de pæn.* Afferuntur & aliæ rationes, quas vid. apud Monach. *pr. jud. par.* 2. *cap.* 6. *num.* 46. Decian. 4. *tract. crim.* 19. *num.* 8. Covarr. *dict. cap.* 11. *num.* 5.

(*t*) *d. Nov.* 134. *cap.* 5. Illud rationis est, ut prius, quam remissio fiat, requisitus summatim de causa cognoscat, ne forte innocens in vinculis remissus famæ notam subeat. Covarr. *d. c.* 11. *n.* 8.

(*u*) Hic igitur non tam personæ, quam rei ratio habetur; nam & superior eodem respectu inferioris jurisdictionem subit. Monach. *pr. jud. c.* 6. *n.* 60. Cui consequens, nec Academicum de re in loco studii sita conventum ad Rectorem revocare posse. Vult. ad *l. un. C. in qu. ca. mil. for. præscr.* eademque ratione receptum, ut etiam Clericus coram Judice seculari conveniri possit. Gail. 1. *obs.* 37. *n.* 4. Mynf. 1. *obs.* 21.

(*x*) *l. un. C. ub. de poss. in verb.* ubi vis facta, quamvis plerique ea verba exaudiunt de persequutione ex *ll.* Juliis, quod rubr. non convenit. vid. *l.* 1. & 5. *in pr.* & §. *n. de vi priv. l.* 10. §. *ult. de vi publ.*

(*y*) *d. l. un. in verb.* aut ubi momentaria possessio; intellige alia, quam unde dejecti sumus, nam de momentaria possessione quovis interdicto agitur. *sup. cap.* 3. *lit. g.*

(*z*) *l. un. C. ub. de hæred. in verb.* ubi res hæreditariæ sunt, hæredes in possessionem rerum hæreditariarum mitti postulandum est.

† Verba enim, quæ in superioribus rescriptis usurpantur, non sunt facultatis, sed necessitatis ibi agendi, actori impositæ.

(*a*) De hac actione ex professo agimus *inf. c.* 32. & *seq.* de speciali illa *c.* 35. & *du. seqq.*

(*b*) Quamvis possessor ibi domicilium non habeat. Id enim diserte jubetur fieri in *l. ult. C. ub. in rem act.* Si de servitute controversia, spectatur locus fundi servientis; si de emphyteusi, agri emphyteuticarii. Mynf. 4. *obs.* 95.

(*c*) A quo tamen communi interpretum opinione non Donell. noster primus divortium fecit, sed ante eum Hostiensis post Gloss. in *c. sane*, 3, *vers. provincia*, *de for. comp.* teste Zang *de exc. p.* 2. *c.* 1. *n.* 118. Communem ex Neoter. tuentur VVesemb. ad *l. un. C. ub. de poss.* Vult. *ibid. num.* 41. & *seqq.* Ant. Fab. 20. *conj.* 9. ubi tamen ait, actione in rem non tam personam, & possessorem, quam rem ipsam conveniri, quod nostram sententiam potius confirmat.

(*d*) *l. quod legatur*, 38. *de jud. d. l. un. Cod. ubi in rem act.* In qua primum ex vulgari regula definitur, actorem forum sequi rei, idque etiam locum habere in actionibus in rem, deinde ostenditur, quodnam sit forum rei, qui actione in rem convenitur, cum jubent Impp. in loco, in quo res constitutæ sunt, in rem actionem moveri.

(*e*) Quod cum judicio proprietatis ita conjunctum, ut apud quem actum est de possessione, apud eundem & de proprietate agi oporteat, sive quod utroque judicio possessionem consequamur, possessorio momentaneam, proprietatis perpetuam.

tuti pro (*f*) commodo reorum interpretanda, hæc inquam videntur omnia evincere, ibi tantum agi poſſe poſtulante reo, ubi res, propter quas contenditur, conſtitutæ ſunt; idque ſive eæ ſoli ſint, ſive mobiles (*g*). Hæreditatis petitio & ipſa in rem actio eſt, unde effici videbatur, ut & ipſam inſtitui eo loco oporteret, ubi res hæreditariæ ſitæ ſunt; ſed contra expreſſe conſtitutum eſt, placuitque hæreditatis controverſiam ibi ſolum tractari, & terminari debere, ubi poſſeſſor hæreditatis domicilium habet. Cur tam varie? nimirum mixtæ perſonalis actionis ratio hoc ſuaſit (*h*). Nam petitio hæreditatis etſi in rem actio eſt, habet tamen præſtationes quaſdam perſonales, propter quas naturam, & conditionem actionum in perſonam in multis juris articulis (*i*) ſequitur; ideoque & inter bonæ fidei judicia connumeratur, quæ propria quædam qualitas eſt actionum quarumdam in perſonam, nec longi temporis ſummovetur præſcriptione.

CAPUT XI.

Judicium alicubi cœptum quam vim, quibus in cauſis habeat ad ſubjiciendos litigatores juriſdictioni illius loci.

HActenus de iis cauſis dictum eſt, quæ unumquemque ſubjiciunt juriſdictioni alicujus Judicis rebus adhuc integris. Re affecta nova naſcitur ſubeundæ juriſdictionis cauſa, judicium cœptum; cujus hæc vis eſt, ut litigatores in eodem judicio retineat, tametſi non uno modo. Cœptum judicium dicitur dupliciter: aut inſtitutum tantum, cum primum reus in jus (*k*) vocatus eſt; aut id, quod proprie in uſu juris cœptum dicitur, cum jam acceptum eſt, ſive lis (*l*) conteſtata. De priore extat hæc definitio: Si quis poſteaquam in jus vocatus eſt, miles, vel alterius fori eſſe cœperit, iſt ea cauſa jus forum revocandi non habebit, quaſi vocatione (*m*) præventus. In jus vocatum cum (*n*) effectu accipimus eum, qui recte vocatus eſt, & ubi ab initio ſe defendere debuit. Alterius fori quis eſſe incipit, aut mutato domicilio, cum quis poſtea quam in jus vocatus eſſet, alio domicilium tranſtulit; aut privilegio proprii Judicis poſtea quæſito, quale eſt, exempli gratia, militum, & (*o*) ſtudioſorum. Ac neutrum horum reo prodeſſe placet ad actionem, repugnante actore, alio transferendam, ne quod jus actor ſemel per hanc vocationem in jus ſibi quæſivit, ei (*p*) invito adimatur. Unum hoc exceptum ſit, ſi quis a Principe Judicem nominatim impetravit non tantum ad cauſas futuras, ſed etiam præteritas, & alibi cœptas.

Judicii accepti, ſive litis conteſtatæ vis triplex: quod litigatores in eodem judicio retineat; quod retineat in conjuncto; quod actorem petitioni mutuæ obnoxium reddat. Principio ubi ſemel cœptum eſt judicium, ibi & finem accipere (*p*) oportet; neque hæc cauſa ad reum ſolum pertinet, ſicut in jus vocatio præcedens, ſed etiam ad ipſum actorem, qui ſi electionem habens litem alicubi ſemel conteſtatus eſt, poſtea (*r*) mutandi ejus judicii poteſtatem non habet. Conjuncta in hac re judicia habita ſunt, poſſeſſionis, & proprietatis, ac de his ita cautum; quo in loco prius de poſſeſſione actum eſt, etiam de proprietate agi debere, quamvis rebus integris ibi conventus

(*f*) Alias præter alia incommoda, quæ recenſet Don. 17. *com.* 17. fieri facile poteſt, ut nova lite pro rei exequutione in loco rei ſitæ ſit opus. Atque ut ex certis principiis res decidatur, actione in perſonam ideo agi poteſt in loco domicilii, quia perſona rei obſtricta eſt. In actione in rem perſonæ illius ratio habenda non fuit, quia ea rem perſequimur adverſus eum, qui nullo jure nobis obligatur. §. 1. *Inſt. de act.*

(*g*) *d. l.* 38. *de jud. in fin.* Hugolinus hic in ſolo loco domicilii agendum contendebat. Azo etiam ubi res mobilis eſſet, agi poſſe, cujus ſententiam uſu forenſi probari tradit Sich. ad *d. l. ult. C. ub. in rem. num.* 3. nec obſtat *l.* 10. *& du. ſeqq. de rei vind.* quippe evenire poteſt, ut res alibi ſit, quam ubi agitur. Quid enim ſi pendente judicio, aut ante dolo malo alio translata? quid ſi alibi cum conſentiente agatur?

(*h*) *l. un. C. ub. de hered.* Ex commun. tamen ſententia, teſte Vult. in *d. l. n.* 27. in hac actione erunt eadem illa duo loca fori ſortiendi, quæ in ſpeciali.

(*i*) Atque ideo etiam in propoſito perſonæ magis, quam rei rationem habitam exiſtimo. Vid. *l. ſed etſi*, 25. §. *pen de hered. per. l.* 7. *& l. ult. C. eod.* §. *actionum*, 28. *in. fin. Inſt. de act.*

(*k*) Hinc enim initium omnium actionum inſtituendarum; ac proinde & judicii. §. *ultim. Inſtit. de pœn. tem. litig.*

(*l*) *l.* 1. *C. de jud.* junct. *l. lite*, 35. *ff. de uſur. l. fin. C. de exc.* & ibi Bald. in *pr. l.* 30. *ff. de jud.*

(*m*) *l.* 7. *ff. de jud.* quod & locum habet ubi plures juriſdictiones concurrunt. Vult. ad *l.* 4. *C. de juriſd. n.* 19. Dicitur autem præventio proprie ratione rei, litis pendentia etiam reſpectu actoris, quæ vere non inducitur niſi poſt litem conteſtatam, quamvis paſſim hæc confundunt, ſolaque citatione litis pendentiam induci ſcribunt, ut citatus ad alium deinde Judicem vocatus, objecta exceptione litis pendentiæ, hujus cognitionem defugere poſſit, per *d. l.* 7. *c. propoſuiſti, pen. ext. de for. comp.* Gail. 1. *obſ.* 74. *n.* 16. Plura tamen ad litis pendentiam, quam ad præventionem requirit Mynſ. 4. *obſ.* 26.

(*n*) Ut verba in uſu juris accipiuntur. *l.* 1. §. 1. *quod quiſque jur. l. quoties, ff. qui ſatiſd. cog.*

(*o*) *l. magiſteria, C. de juriſd. Auth. habitæ. C. ne fil. pro patr.*

(*p*) *Arg. l. ult. de pact. l.* 2. *de his, qui ſunt ſui, vel al. jur. & per l.* 28. *de exc. tut. l. incola*, 34. *ad munic.* Poteſt tamen Princeps ordinem juriſdictionis turbare, & reum ad ſuam juriſdictionem ex cauſa vocare, quo pertinere exiſtimo *l.* 12. *ſi quis caut.* add. Vult. in *l. un. C. quand. Imp. int. pup.*

(*q*) *l. ult. acceptum*, 30. *de jud. l. pen. de juriſdict.* ubi exemplum in puella, quæ nupſit.

(*r*) *d. l.* 30. *l.* 4. *C. de juriſd.* Idque ideo, ut opinor, quia litis conteſtatione contrahitur. *l.* 3. §. *idem ſcribit, de pec.* At ante litem conteſtatam facultatem alio reum vocandi jus civile actori non adimit, per *d. l.* 30. facit *l. ſi quis*, 112. *in pr. de verb. obl.* vid. *ſup. lit. m.*

ventus judicium excipere non cogeretur, ne causæ (*s*) continentia dividatur. In (*t*) mutua quoque petitione vis judicii accepti, eaque ad actorem maxime pertinens, animadvertitur. Ea hæc est, ut judicio accepto actor mutuas rei actiones ibi excipere cogatur, ubi litem ipse movit (*u*), tametsi prius ibi conveniri non potuisset. Id quod æquissima ratione receptum; nam cum reus mutua hac petitione (*x*) compensationis æquitatem postulet, quasi defensio quædam rei, & pars ejusdem judicii videri debet, certe fine (*y*) agendi inspecto. Hinc duo a veteribus pro reo recepta: alterum probante, alterum non probante actore. Primum hoc est, ut quamvis actor de intentione sua multo ante docuerit, tamen Judex non ante sententiam ferre debeat, quam de mutua petitione rei (*z*) cognoverit, ut, re cognita, aut reum condemnet, si constiterit, nihil ei deberi, aut si deberi constiterit, admissa compensatione, eum absolvat, aut denique alterum alteri condemnet, si non pecunia invicem (*a*) debeatur. Quod tamen ex Constitutione Justiniani ita coercendum, si mutua rei petitio tempore litis contestatæ, aut (*b*) non multo post illata sit; non si affecta jam, & pene consummata intentione actoris, moræ injiciendæ causa ea (*c*) utatur. Secundum est, ut si actor intentionem suam non probaverit, non solum reum absolvere Judex debeat, sed probata mutua petitione etiam actorem reo eodem judicio (*d*) condemnare. Porro indiget hæc potestas mutuæ petitionis tribus cautionibus: primum ne actor cogatur actiones cujusvis excipere, sed illius solum, cui ipse litem (*e*) intendit; secundo, ut ne has quidem cogatur excipere omni tempore, sed (*f*) pendente eodem judicio duntaxat, quorum neutrum tamen ad (*g*) legatos pertinuit; tertio ne cogatur excipere in quibusvis causis, non si injuriam suam, aut furtum sibi factum, aut damnum, quod passus est, persequatur, quod ideo placuit, ne quis impune contumeliis, & damno afficeretur, aut in potestate cujusquam esset hoc pacto invitum subjicere alienæ (*h*) jurisdictioni. Illud vice mutua pro actore constitutum, ut si alio loco mutuam petitionem reus instituat, recte actor desiderare possit, ut apud eumdem Judicem causa disceptetur, termineturque (*i*).

CAPUT XII.

An quovis loco jure constituto promiscue agere, & an non pluribus, quam a nobis posita sunt, liceat. Et conjunctim ubi privilegio agi possit.

SUnt igitur in universum quatuor loca, in quibus adversus invitos, qui ex sua persona conveniuntur, jure communi in causis pecuniariis jurisdictio est; si rebus integris agatur, nullo adhuc judicio instituto, hæc tria: domicilium, obligatio contracta, ubi res est, de cujus

(*s*) *l. nulli*. C. *de jud.* Continentiam causæ vocat Imp. conjunctionem, & connexionem horum judiciorum, sicuti continentia dicemus ædificia. *l.* 87. *de verb. sign.* Et possessorium est initium, ac tamquam vestibulum petitorii. §. *retinendæ*, *Instit. de interd.* quamvis origine sua separata. *l.* 12. §. 1. *de acqu. possess.* etiam aliis modis causa continens dicitur. Vid. Sichard. in *d. l. nulli*. *n.* 6. *&* 7. Goed. *c.* 1. *de sequ. n.* 29. *& seqq.* add. Menoch. 2. *arb.* 95. *&* 361.

(*t*) Quæ in usu juris mutua actio, & petitio. *l.* 11. §. 1. *de jurisd. l.* 34. *de proc. l.* 15. *de except. rei jud. l.* 6. C. *de comp. & similib.* ea a DD. & in foro reconventio dicitur.

(*u*) *l. qui non cogitur*, 22. *de jud.* adeo ut & in clericis coram Judice sæculari reconventio recepta, modo ne sit causa spiritualis. Trentacinq. 2. *pract. res.* C. *de mut. pet.* 1. *num.* 32. Gail. 1. *obs.* 37. *num.* 6. quo exemplo idem admittendum videtur in studioso agente cum, sive coram Magistratu urbano; quod tamen aliis non placet. Illud convenit coram arbitrio ex compromisso sumpto reconventioni non esse locum. *cap.* 6. *ext. de arbitr. fa. l.* 46. *& l.* 30. *de rec. arb.* adde Molignat. *de reconv. qu.* 23. Sich. ad *Auth. & consequenter*. C. *de sent. & interl. n.* 8.

(*x*) *l.* 6. C. *de compens.* neque tamen eadem est reconventio cum compensatione; differentiam earum breviter, & eleganter explicat Sich. ad *l.* 14. C. *de sent. & int. n.* 12.

(*y*) Igitur non putantur hic vere duo esse judicia, sunt duæ petitiones; sed unum ex petitione, & depulsione constans. *d. l.* 14. *in fin.* una, & eadem, aut certe cohærente sententia terminandum. Sichar. *d. Auth. num.* 4.

(*z*) Alias sententia nullius momenti; sed tutius appellabitur. *l.* 1. §. *ult.* ff. *quæ sent. sin. app. resc.*

(*a*) Ubi pecunia invicem non debetur, aut quantitas, ibi compensationi non est locus per *l. si convenerit*, *in pr. de pign. act. l. si non sortem*. 29. §. *si centum*, *de cond. ind.* at reconventio adhuc locum habet. Sich. *d. l.* Zas. Schneid. ad §. *in bonis*. *Inst. de act.*

(*b*) Statim reconventionem fieri debere indicat *dict. Auth. & consequenter*. ubi Sich. *num.* 6. ex comm. sententia hoc ita exponit, vel ante litis contestationem, vel in continenti post: In quo item discrepat a compensatione, quæ etiam post sententiam contra exequutionem opponi potest, quia pro solutione est. Hinc quoque est, quod reconventio non admittitur in causa appellationis. Sich. ad *d. Auth. n.* 5. *&* 7.

(*c*) *l. ult.* C. *de comp.* nam quod ibi in exceptione compensationis statuitur, etiam locum habere debet in reconventione. Molignat. *q.* 87. contendit reconventionem recte objici usque ad conclusionem in causa, quoad effectum jurisdictionis prorogativum:

(*d*) Ex sententia Pap. *d. l.* 14. C. *de sent. & int.* Atque hic notandum, eum, qui reconventione utitur, hoc ipso non fateri debitum, etsi is, qui compensatione uti vult, eo ipso se debitorem agnoscit; ut not. Sich. ad *d. l.* 14. *n.* 12.

(*e*) Nam in aliis ratio excipiendæ actionis cessat, quæ æquitate mutuæ petitionis, & compensationis nititur. *l.* 6. C. *de comp.*

(*f*) Per *l.* 22. *de jud.* quare cum confessus pro judicato habeatur, reconventione uti non poterit, & consequenter si causa habeat paratam exequutionem, quæ sententiæ vim habet. Molignat. *q.* 41. *&* 42.

(*g*) *l.* 2. §. 5. *de jud.* vide tamen Covarr. *pr. qq. c.* 5. *n.* 4.

(*h*) Ratio non magis ad legatos, quam ad reliquos pertinens, reddita in *d. l.* 2. §. 2.

(*i*) *d. Auth. & consequenter*. C. *de sent. & interl.* vid. *cap. proximum*.

jus possessione, aut proprietate contenditur; si judicio instituto, hic unus, ubi cœptum est agi. Hinc exorta duplex quæstio: una de electione, liceatne agere volenti omnibus hisce locis promiscue experiri; altera de numero, liceatne pluribus. Ad electionem quod attinet, licet ex iis, quæ de singulis disputavimus, quid hic actori liceat agnoscere. Summa eorum hæc est: Si de possessione, aut proprietate de singulis controversia sit, ibi omnino agi (*k*) debere, ubi res est; si de hæreditate, ibi solum, ubi reus domicilium habet; si de obligatione contracta, aut ubi domicilium habet, aut ubi contraxit (*l*), prout actori videbitur, cui in hac causa (*m*) electio tributa est; denique si cœptum est judicium, ibi solum, ubi cœptum est, ad quam causam etiam pertinere existimetur mutua rei petitio, si pendente lite contra se mota actorem vicissim (*n*) pulsare velit. De numero horum locorum sic habeto: in causis civilibus jure communi plura, quam ea (*o*) quatuor non esse. Criminum autem quæstiones etiam ibi exerceri possunt, ubi reperitur is, qui reus esse criminis perhibetur. Jure quoque singulari, sive ex privilegio alia insuper accedunt, de quibus ordo institutus exigit, ut nunc cognoscamus.

Privilegia hujus generis, sicut supra obiter dictum est, quædam privata sunt, quædam publica. Privata, cum certæ alicui personæ ob gratiam, vel dignitatem speciali diplomate a Principe tribuitur, ne alibi conveniri possit, quam coram eo Judice, quem Princeps constituit; cujus generis privilegia, utpote in corpore juris, ut loquuntur, non (*p*) inclusa, usu forensi magis observanda sunt, quam discenda in scholis. Publicum privilegium est, quod jure publico certo generi personarum tributum est; cujus generis quædam actori tributa, quædam reo. Actoris privilegium in eo, ut contra ordinem juris communis forum ejus reus sequatur. Cernitur hoc in duobus generibus (*q*) personarum: in pupillis, (*r*) viduis, aliisque fortunæ injuria (*s*) miserabilibus personis, quibus omnibus lege publica permissum est, præsertim si his cum potentioribus res sit, adversarium suum ad (*t*) auditorium Principis vocare; item in fisco in causis fiscalibus, quas sive ipse agat, sive privatus, placuit solum rationalem decidere †. Reus in loco legitimo conventus alio revocare jure communi non potest; ex privilegio potest; id quod in quinque hominum generibus animadvertere licet. Primum in iis ipsis, quas diximus, (*u*) miserabilibus personis, sed nonnisi in causa (*x*) civili. Secundum in personis ecclesiasticis, quibus proprius Judex datus est (*y*) Episcopus. Tertio in Magistratibus, quorum dignitati, & amplitudini datum est, ut non alium Judicem, ne in (*z*) criminibus quidem, agnoscere cogantur, quam Principem, aut eum, cui Princeps causæ cognitionem commisit. Quarto militibus attributus est (*a*) magister

(*k*) *l. quod legatur*, 38. *de jud. l. ult. C. ubi in rem act.* Usu tamen, uti diximus, receptum ex communi Interp. sententia, ut etiam in rem actio institui possit in loco domicilii possessoris.

(*l*) *l. un. C. ub. de hered.* quamquam & hic ajunt vulgo receptum, ut utroque loco agi possit, vid. *sup. c.* 10. *in fin.*

(*m*) Utro enim ex his locis agatur, dicitur ibi reus se defendere debere. *l.* 19. §. 1. *de jud. c. dilecti*, 17. *ext. de for. compet.* & ibi gloss. *in verb. domicilium habent.* Et vulgatum axioma in alternativis electio rei, ad alternativam locorum non pertinet. *l.* 2. §. *Scævola.* ubi ratio *ff. de eo quod cert. loc.* Zas. ad §. *si quis agens*, *vers. plus autem. & ibid.* Schneid. *n.* 13.

(*n*) Ut mutua rei petitio non solum eodem loco, & apud eumdem Judicem ab actore suscipi, sed etiam a reo moveri debeat. *d. Auth. & consequenter.* ne actor pluribus locis distrahatur. *l.* 11. §. 1. *de jurisd.* nec malitiis indulgendum. *l.* 38. *de rei vind.* cum & i, si reo commodum pluribus locis non distrahi. Sane non cogitur reus mutua petitione uti; sed si pendente lite, ea uti velit, cogitur eam apud eumdem Judicem instituere; finita autem lite, non impeditur adversarium coram alio Judice convenire. *d. Auth. & conseq.*

(*o*) Non obstat *l. eum qui*, 43. *de jud. l.* 16. §. 1. *de pec. const.* ubi hæc veterum definitio, quod certo loco promissum, ubique peti posse. Nam hoc civiliter accipiendum cum Joan. Ar. & Accurs. de loco legitimo, in quo etiam non adjecto loco agi potuisset. Nam de eo dubitari poterat propter verba conventionis, secundum quæ agi tantum posse videbatur loco constituto. *l.* 1. *de eo quod cert. loc.* Dissent. tamen Bart. ad eam *l.*

(*p*) Ac nec includi potuerunt, utpote occupata circa personas singulas; ideoque loco juris speciale rescriptum Principis desiderent. Vult. in *l. un. C. in qu. ca. mil. for. præs. n.* 7.

(*q*) Caput est in legibus Academiæ Leidensis, quo idem studiosis, qui illic sunt, tribuitur; aperteque constituitur, ut reus actoris studiosi forum sequatur.

(*r*) In eadem causa & virgines parentibus orbatas haberi oportet. *l. malum*, 242. §. *viduam*, *de verb. sign.* Trentacinq. 2. *pr. res.* 2. *cap. de citat. n.* 16. quod & usus servat., licet dissent. Covarr. *pr. qq. c.* 7. *n.* 2. In muliere tamen innupta negotiatrice aliud dicendum videtur. Vid. Merul. *syn. pr. civ. lib.* 4. *dist.* 1. *c.* 8. Quid si vidua contra viduam judicio consistat? Privilegia confundentur, locusque erit communi foro. Trentacinq. *d. loc. num.* 18. Covarr. *d. c.* 7. *n.* 4. Quid si vidua, aut pupillus dives? Nihilominus gaudebunt privilegio. Gail. 1. *obs.* 1. *num.* 4. Merul. *dict. loc.* Trentacinq. *eod. n.* 16.

(*s*) De quib. vid. Trentacinq. *d. resol.* 2. *n.* 28. *& seq.*

(*t*) *l. un. Cod. quan. Imp. inter pup. & vid.* Convenit fere art. 8. Curiæ nostræ provincial. sed denegatur privilegium agentibus actione sibi cessa, aut mandata. *art.* 1. *ampl. instr.* 1579. Cessat etiam in re medica, non excedente centum, aut quinquaginta flor. si creditor, & debitor in eodem oppido, aut pago habitent. Vid. Merul. *d. loc.*

† *l.* 1. *&* 2. *C. si advers. fisc. l.* 5. *C. ub. ca. fisc.*

(*u*) Quæ ad auditorium Principis revocare possunt. *d. l. un. C. quand. Imp. inter pup.* ipsæ autem invitæ extra domicilium trahi nequeunt. *Nov.* 86. *c.* 1.

(*x*) *Arg. l.* 1. *C. ub. sen. vel clar. l.* 37. *in fin. de min.* Trentacinq. tamen etiam in criminal. *d. res.* 2. *n.* 13. & Menoch. *c.* 66. *n.* 29.

(*y*) *l. placet. Cod. de Episc. Auth. statuimus, Cod. de Episc. aud.*

(*z*) *l. ult. C. ub. sen. vel clariss. l. si gravius*, 16. *C. de dign.*

(*a*) *l.* 6. *Cod. de jurisd. l.* 7. *ff. de jud. l. pen. Cod. de pact.*

ter militum etiam in delictis, non omnibus quidem, sed levioribus, & militaribus. Postremo ob literarum, & laudatarum artium reverentiam etiam studiosis proprius Judex constitutus est Rector Academiæ, sed in re (b) pecuniaria tantum. In hoc reorum privilegio una hæc in universum cautio est, ut jam tum competere cœperit, cum alicubi in jus vocati sunt, postea quæsitum nihil eos juvabit ad declinandam Judicis ejus, ad quam prius recte vocati erant, jurisdictionem (c).

CAPUT XIII.

De Judicibus datis, qui quibus in causis dari possint.

EX his, quæ hactenus a nobis disputata sunt, satis liquere arbitror, quis Judex in jurisdictione sit competens, quod secundo loco in idoneo Judice quærebamus. Tertium adhuc superest ad idoneum Judicem omni ex parte constituendum, ut ne sit suspectus. At enim cum hæc quæstio ad Judices datos maxime pertineat, satius est eam tantisper differre, donec de eo quoque genere Judicum cognoverimus. Igitur si Judex jurisdictionem habeat; si sit in ea jurisdictione competens; si non sit suspectus, habemus omnia, quæ ad constitutionem idonei Judicis, de quo quærimus, desiderantur. Atque hic subsistendum foret, si is Judex, qui jurisdictionem habet (d), ipse semper de re cognosceret, & judicaret; nunc quia fieri potest, ut is aditus pro jurisdictione sua alium Judicem dare malit, quam ipse judicare, longius abire cogimur, & de hoc quoque genere cognoscere. Differt hoc genus Judicum a superiore illo & nominibus, & re. Nomina eorum varia: usitate, atque ex ipsa re dicuntur Judices (e) dati, aliquando etiam delegati. Ex his sunt, qui dicuntur Judices speciales, & addicti, quia dantur specialiter ad rem certam, quæ nunc se offert, cognoscendam; iidem ex sessione dicuntur (f) pedanei, græce χαμαιδικασταί, ex eo quod judicarent sedentes ex imo loco, ac humum pedibus (g) calcantes. Veteribus etiam dicebantur Judices selecti, itemque disceptatores, & (h) recuperatores. Re in hoc differunt a superioribus, quod notionem habent dumtaxat, non (i) jurisdictionem, hoc est, quod eorum potestas causæ cognitione, & sententiæ ferendæ jure conclusa imperii nihil admixtum habet, cujus vi sententiam a se latam (k) exequantur. Ceterum etiam in hoc genere eædem illæ, quæ in superiori, quæstiones inducuntur: an Judex datus sit idoneus; si est, an perseveret. Idoneum Judicem datum eum definiemus, qui jure datus est, & quatenus per leges licet. Jure datum accipimus, in quo tria hæc concurrant: ut detur in quibus causis oporteat, a quo oporteat, & quem oporter dari. Primum igitur de causis, deinde de persona dantis, novissime de persona dati quærendum est.

Principio non omnes causæ Judicem datum admittunt; de quo primo ex jurisdictione Judicis, post deinde ex genere ipso statuendum. Causarum quædam ad jurisdictionem dantis pertinent, quædam non pertinent. De his, quæ non pertinent, hoc ante omnia statui oportet, neminem in his Judicem dare (l) posse, ac proinde delegata alienæ jurisdictionis causa, nec cognitorem datum patientiam præcepto accommodare cogi, nec si ultro obtemperaverit, sententiam ab eo latam ullius esse momenti, ut ne (m) appellatione quidem sit opus. Soli excepti judices a Principe specialiter delegati, de quibus nominatim cautum est, ut possint aliis causas delegare judicandas, nullo personarum, causarumve tra-

(b) *Auth. habita.* C. *ne fil. pro patr.* & ibi Sich. *n.* 21. Muscorn. *de jurisd. n.* 76. Don. tamen in *d. Auth.* idem etiam in re criminali asserit, de quo non est contendendum; quia sicut tota Magistratuum, & jurisdict. distinctio a voluntate Principis pendet, ita ex speciali cujusque Academiæ privilegio hæc metienda.

(c) *l.* 7. *de jud.* vide *sup. cap.* 11. Quando miserabil. personarum privilegium cesset, vid. Menoch. *d. c.* 65. *n.* 38. & *seqq.*

(d) Magna inter Doctos controversia est, potuerint ne olim Magistratus ipsi de omnibus causis cognoscere, & judicare, quod hodie supervacuum quærere. *l.* 2. C. *de ped. jud.* Illud certum de multis causis Magistratus ipsos non solum potuisse cognoscere, sed etiam pro officio debuisse. *dict. l.* 2. in ceteris, de quibus ex officio non cognoscebant, Judices dare solitos fuisse. Sive autem id pro arbitrio fecerunt, sive lege aliqua, aut more judiciorum exigente, nolo anxie disputare.

(e) *l.* 46. *L. pen. de jud.* delegati in *l.* 5. C. *eod. tit.* speciales in *l. ult.* C. *de off. prat.* addicti, passim in veterum scriptis. Scip. Gent. 2. *de jurisd.* 8.

(f) *l.* 3. *ne quis eam; qui in jus voc. tit.* C. *de ped. jud.* Nov. 60. *cap.* 2. Theoph. *pr. Inst. de Interd.*

(g) Non sedentes in sella, quæ Romanis tribunal vocatur, aut in editioribus subselliis. add. Ræv. 3. *var.* 20. Cujac. in *parat.* C. *de ped. jud.* & credibile est, primum ita appellatos esse delegatos minorum causarum Judices, qui in comitio pedibus stantes judicabant, non sedentes in subselliis. Cic. in *Brut. Quare si anguste, & exiliter dicere est Atticorum, sint sane Attici: sed in comitium veniant, ad stantem Judicem dicant; subsellia grandiorem, & pleniorem vocem desiderant.*

(h) Duar. *de jud. cap. de jud. dat.* Rævard. *d. loc.* Plura de recuperatoribus vide apud Coras. 3. *misc.* 18. Sigon. 2. *de antiq. jur. civ. c.* 18. & *seq.*

(i) Ne mandatam quidem; in quo errant vulgo Interpp. Cujac. *dict. loc.* Duar. 1. *disp.* 53

(k) Textus est in *l. a Divo,* 15. *in pr.* & ibi Duar. & Don. *de re jud.* Adde quæ notamus *lib.* 4. *c.* 49.

(l) *l. un.* C. *qui pro sua jurisd. l.* 1. C. *de ped. jud.* Dictat hoc regula juris, aut potius naturæ. *l. nemo plus. de reg. jur.*

(m) *d. l. unic.* Poterit igitur & post sententiam opponi exceptio incompetentiæ; verum hoc ita, si non potuit prorogari jurisdictio, alias nisi initio litis præscriptio fori objiciatur. Judex ex consensu efficitur competens. vid. *c.* 7. *sup.*

tractatu (*n*) habito. Sed neque in eis cauſis, quæ ad juriſdictionem dantis ſpectant, Judicis paſſim dandi licentia eſt; nam liberior illa poteſtas, quæ hic olim fuit, a poſterioribus (*o*) Principibus pro varietate cauſarum partim coanguſtata eſt, partim adempta. Earum cauſarum tria genera: unum, in quibus, quod ipſi Magiſtratus cognoſcere non (*p*) poterant, Judices pedaneos dabant, cujuſmodi fuiſſe exiſtimo eas omnes, quæ facti, & juris certi inquiſitione (*q*) commendabantur; alterum earum, in quibus ſolebant ipſi Præſides ex officio cognoſcere; tertium mixti generis, in quibus vel ipſi judicare, vel Judicem dare poterant. De primo genere hoc præcipuatur, ut non aliter in iis Judices dent, quam ſi vel occupationibus publicis, vel cauſarum multitudine ipſi cognoſcere (*r*) impediantur. Secundi generis duæ ſpecies, & quæ in uſu juris dicuntur eſſe cognitionis prætoriæ. Animadverſionem criminalem ipſi Præſidi, aut Proconſuli ex officio incumbere conſtat, adeo ut nec extraordinario mandato amplius hic transferatur, quam (*ſ*) nuda cognitio. Earum quæ notionis prætoriæ ſunt, & cognitiones (*t*) extraordinariæ plerumque vocantur, ſpecie quatuor. Prima earum eſt, in quibus Magiſtratus cognoſcere ſolebant de (*u*) honorariis profeſſorum liberalium artium, Medicorum, Advocatorum, &c. quæ omnia magis a juriſdictione Prætoris, quam ex certo jure (*x*) pendebant. Secunda eſt reſtitutio in integrum minorum, quæ & ipſa dicitur nullam propriam actionem, aut cautionem habere, ſed tota pendere ex cognitione (*y*) Prætoris. Tertia ſpecies ea, in qua de poteſtate inter filium, & patrem quærebatur; in qua hic honos parentibus habitus eſt, ut (*z*) Prætor ipſe, non alius cognitor cognoſceret, Quarta ſpecies, perſequutio fideicommiſſi, quæ inde extraordinaria dicta, & ejuſmodi, quæ non habeat juris ordinarii (*a*) exequutionem. Mixti generis eſt cauſa ſtatus; quippe de qua ipſi quidem Magiſtratus cognoſcere poterant, ſed ex officio non (*b*) cogebantur. Et in hac quoque Judicis dandi poteſtas Magiſtratibus (*c*) adempta, ut jam iis adnumeranda ſit, in quibus ex officio ipſi judicabant. Ceterum hæc cognoſcendi neceſſitas remiſſa tum Judicibus a Principe lectis, tum reliquis omnibus in negotiis humilioribus, quorum ſcilicet eſt ea vilitas, ut non admodum notionem prætoriam requirant (*d*).

CAPUT XIV.

Qui Judices dare, darive poſſunt.

NOn omnes vero Judices dare poſſunt, ſed nec omnes dari. De perſona dantis ſic ſine hæſitatione ſtatuimus: Si nihil aliud, quam perſona dantis impediat, poſſe omnes, qui juriſdictionem habent, ſive propriam, ſive † mandatam, Judices dare; & retro, qui non habent juriſdictionem, non poſſe, ſive ii privati ſint, ſive Judices delegati; nam in utramque partem valere debet definitio Ulpiani:

(*n*) Quia in cauſa ſibi mandata Principem repræſentantes in omnes juriſdictionem habent. Fach. 1. *con.* 47. de quo tamen dubito. Donello certe *lib.* 17. *c.* 21. *in pr.* figura tantum orationis exceptio videtur.

(*o*) Diocletiano, & Maximiano in *l.* 2. Cod. *de ped. judic.*

(*p*) Verba ſunt *d. l.* 2. C. *de ped. jud.* quæ Accurſ. non de jure, ſed de facto accipit; puta ſi abſentia, valetudine, aut occupationibus impedirentur, quod nos in medio relinquimus.

(*q*) Nam de jure incerto apud centumviros tractari ſolet. Quintil. *lib.* 4. *cap.* 2. Senec. 3. *de benef.* 7. unde Cic. 1. *de Orat.* Centumvirales cauſas in jure poſitas eſſe dicit. add. Ræyard. *protrib. c.* 11. *& de præjud.*

(*r*) *d. l.* 2. *Cod. de ped. jud.* In eo igitur jus novum diſcrepat a veteri, quod olim in his cauſis uſitato judiciorum more Judices dabant; nunc dare non licet, niſi occupationibus publicis, &c. impediti ipſi cognoſcere non poſſint. Mos dandi Judices apud nos in totum exolevit; nam delegati a Collegiis, quos Commiſſarios appellamus, huc non pertinent; neque a Principe in cauſis reviſionum, aliiſve extra ordinem delegati.

(*ſ*) *l.* 1. C. *de offic. proc. l.* 6. *ff. eodem.* Unde patet ſolum in hoc genere cauſarum juriſdictionem mandari non potuiſſe, ſed nec judices dare.

(*t*) Quia præter morem Judiciorum ordinarium, & uſitatum Prætor judicabat, non Judicem dabat. Duar. ad *l.* 7. §. 2. *de pact.* Hotoman. 7. *obſervat.* 4.

(*u*) De quibus ipſius Prætoris, vel Præſidis cognitionem ex officio fuiſſe declarat *l.* 1. *in pr. & §§. ſeqq. & maxime §. ſen. de extraord. cogn.*

(*x*) Unde neque de his actio ordinaria prodita, quod certo jure non interventuri, ſed extra ordinem Prætor ſubvenit ex æquitate, ſine ſolemnibus, & ſtrepitu judicii, ſine formula. Scip. Gent. 2. *de juriſd.* 10.

(*y*) *l. quod ſi nolit*, 24. §. *ult. de minorib.* Hotom. ad omnem reſtitutionem hoc pertinere exiſtimat.

(*z*) Unde vindicatio hic ceſſare dicitur, & locus eſſe notioni prætoriæ. *l.* 1. §. 1. *de rei vind. l.* 3. §. 1. *de lib. exh.*

(*a*) *l. pecuniæ*, 178. §. 2. *de verb. ſign.* De fideicommiſſis cognoſcebant Conſules, & Prætor fideicommiſſarius. Ulp. *tit.* 25. §. 12. illi de ſummis majoribus, hi de mediocribus. Hinc illud Quintiliani *lib.* 3. *c.* 8. Non *debet apud Prætorem petere fideicommiſſum, ſed apud Conſulem, major enim prætoria cognitione ſumma eſt.*

(*b*) Unde Cujac. in *l.* 127. *de verb. ſign.* cauſam ſtatus permixtam vocat, quod in eo cognoſcere, & judicare liberum. Vid. omnino Ræv. 3. *var.* 20.

(*c*) *d. l.* 2. C. *de ped. jud. in fin.* Hic locus aperte evincit, olim in cauſa ſtatus Judicem potuiſſe.

(*d*) *d. l. un.* Cod. *qui pro ſua juriſd. l. ult.* Cod. *de ped. jud.* Apud nos ordinarii Judices de quavis ſumma cognoſcunt.

† DD. Veteres id negari putant in *l. ult. de off. ejus. l.* 5. *de juriſd.* Sed longe aliud eſt juriſdictionem mandare, aliud ſimpliciter dare Judicem; qui juriſdictionem mandat, is quidem etiam Judicem dat, ſed cum imperio, & exequendi poteſtate. Hoc autem is facere non poteſt, cui juriſdictio mandata eſt, hoc eſt commiſſæ alienæ juriſdict. exercitio. Judicem vero dare non prohibetur, qui Judice dato juriſdict. nihilominus retinet. *l.* 16. §. 1. *de re jud.* Nec obſtat Ulp. in *l.* 13. *de juriſd.* ad quam optime reſpondet Petr. Fab. in *l.* 70. *de reg. jur.*

piani: jurisdictio est etiam Judicis dandi licentia (*e*).

Qui Judices dari possint, sua sponte intelligetur, si prius cognoverimus, quinam dari prohibeantur. Prohibitorum genera duo; unum eorum, qui conditione personæ in totum Judices esse vetantur; alterum qui cum alioqui in ceteris causis idonei Judices forent, tamen aut hoc tempore, aut in illas personas certis de causis Judices esse prohibentur. Eorum, qui in totum Judices esse prohibentur, totidem iterum genera: aut enim prohibentur natura, aut legibus. Natura Judices esse non possunt ii, in quibus non sunt ea, quæ Judicis officium desiderat; qualia sunt hæc quatuor: ut causam audiat, interloquatur, ut causam audiat ipse cognoscat, & judicet; ut ita judicet; uti legibus, moribus est proditum. Itaque cujus personæ horum quid deerit, is idoneus Judex non habetur. In hoc numero sunt hi quinque; surdus (*f*), mutus, perpetuo (*g*) furiosus, impubes, legum, & consuetudinis (*h*) imperitus; non quod in quovis Judice exigatur exacta omnis juris cognitio, sed ea saltem, quæ ad causam, quæ tractatur, decidendam (*i*) sufficiat. De pubere minore vigintiquinque annis ambigitur. Nobis placet hæc ætatis distinctio. Si pubes decem & octo annis major erit, nihil prohibere, quominus inter consentientes judicare (*k*) possit, infra eam ætatem constitutum nullo modo Judicem esse posse. In majore viginti annis hoc esse amplius, ut etiam cogi possit judicare, salva tamen ei manente restitutione in integrum. De cæco quoque tractatum est. Sed non est, quod de eo dubitemus, cum diserte a veteribus (*l*) traditum sit, eum Judicis officio recte fungi, quamvis neque pro alio postulare, neque ad (*m*) Magistratum aspirare possit. Legibus judicare prohibentur ob verecundiam sexus (*n*) fœminæ; ob statum, & conditionem personæ, servi; ob notam turpitudinis, qui Senatu moti, item quibus foro (*o*) interdictum est, & si qui similes.

Privatis de causis quo tempore agitur, aut in causa, de qua agitur, Judices esse prohibentur, partim qui non sunt ex ordine Judicum, sicubi certus eorum ordo constitutus est; partim ob justam (*p*) suspicionem. Ordo Judicum apud veteres duplex fuit. Unus ita constitutus, ut qui in eum allegerentur, omnes essent idonei; qualis ordo (*q*) Allectorum fuit institutus a Zenone, renovatus deinde a Justiniano. Ejusdem generis ordinem fuisse existimare possumus in (*r*) centumviris, qui privatas lites disceptabant in quatuor consilia divisi, quibus Prætor præsidebat. Erat & alius Judicum ordo in (*ſ*) decurias descriptorum, a consilio centumvirali discretus, sed huc tamen pertinens, apud quos quæstiones publicæ, quarum perpetua jurisdictio erat, agitabantur, idque in foro. Prætorum hic non aliæ partes, quam ut eos Judices cogerent, eorumque sortitionem, ac subsortitionem facerent ex iis decuriis, quibus judicandi tum munus incumbebat: Reliqua, quæ ad causæ cognitionem pertinebant, absolvebat Judex (*t*) quæstionis, a Prætore, cujus jurisdictio erat, sorte ex numero Judicum creatus; qua cognita Judices sententiam ferebant. Alter ordo Ju-

dicum.

(*e*) Extat definitio in *l.* 3. *in fin. de jurisd.* obscurior Paul. est in *l.* 12. §. 1. *de jud.* add. *l.* 2. *Cod. de pend. jud.*

(*f*) *d. l.* 12. §. 2. Hinc & audientia causæ dicitur. *l.* 19. *Cod. de jud.* & sæpe expedit litigatores interrogare. *l.* 9. C. *eodem*. C. *judicantem*, *ca.* 30. *q.* 5.

(*g*) *d. l.* 12. §. 2. Si autem intervalla habeat, & sanæ mentis effectus cognoverit, quod sententiæ dixerit, ratum erit. *l.* 39. *de jud.* Tutum tamen non esse talem Judicem dare monet Pet. Greg. *synt.* 9. *cap.* 14. Prodigum etiam in hac causa furioso comparabimus.

(*h*) *Nov.* 82. *in præf.* hinc Bald. in *l.* 2. *Cod. de sent. ex per. recit.* duplici sale Judicem instructum esse vult, scientiæ, ne sit insipidus, & conscientiæ, ne sit diabolicus.

(*i*) Sic artifices de causis artificii sui, mercatores de causis suæ negotiationis optime judicare possunt, quamvis exactam juris universi cognitionem non habeant. Hinc illud tritum. Peritis in sua arte credendum. *l.* 12. *de stat. hom.* Plane qui litibus forensibus in universum præficiuntur, legum peritos esse oportere rationis est.

(*k*) *Arg. l.* 1. §. 3. *de post.* Vid. Gov. in *l.* 2. *de jurisd. n.* 9. Pet. Fab. ad *l.* 2. *de R. J.* ubi respondet ad *l. cum lege*, 41. *de rec. arb.* quæ in speciem contraria. Enimvero minor, qui Magistratus sit, etiam partibus non consentientibus, judicare potest, eo quod legibus annariis a Principe solutus creditur. *l.* 57. *de re jud.* Men. *de præs.* 29.

(*l*) *l.* 6. *de jud. l.* 1. §. 5. *vers. casum. de postul.* Sane si de finibus regundis, de comparatione literarum, aliisve negotiis, quæ oculis tantum dijudicari possunt agatur, recte cæcus arcebitur.

(*m*) Nimirum quia multa a Magistratibus administrari debent, quæ sine usu oculorum nequeunt.

(*n*) *l.* 12. §. 8. *de jud.* add. Pet. Greg. 47. *synt.* 11. Pet. Fab. ad *l.* 2. *de reg. jur.*

(*o*) *d. l.* 12. §. 2. *l.* 9. §. 1. *de pœn.* De Senatu motis *l. Jul. repetundar.* primo cautum; nam animadversio censoria ruborem magis, quam ignominiam afferebat, ut alicubi loquitur Sic.

(*p*) De causis suspicionum tractamus *cap. sup.*

(*q*) Quibus Magistratus propter occupationes consueverunt causas delegare. *Nov.* 82. *cap.* 1. & *seq.*

(*r*) Apud quos de jure, & æquitate certabatur; veluti de usucapionibus, tutelis, gentilitatibus, alluvionibus, parietibus, luminibus, stillicidiis, testamentis, &c. Cic. 1. *de Orat.* quæ judicia omnia privata fuisse certum est. Sigon. *lib.* 2. *de ant. jur. civ. c.* 18.

(*ſ*) Quarum decuriarum crebra mentio apud Cic. & alios. Vid. Sigon. *d. cap.* 18. Nic. Gruch. 1. *de comit. Rom. c.* 2.

(*t*) Qui & quæsitor Ciceroni; & Ascon. Principem Judicum appellat. Non erat igitur ipse Prætor, ut existimat doctissim. Budæus in *annot. ad l. ult. de Senat.* In judicio Oppianici Prætor erat C. Verres; Judex quæstionis C. Junius. In Judicio Cluentii Prætor Q. Naso, Quæsitor Q. Voconius; in judicio Verris de repetundis Prætor M. Glabrio. Judex quæstionis Q. Curtius, ut indicat Cic. in *fin.* 3. *in Verr.* Videant antiquitatis studiosi Nic. Gruch. *dict. loc.*

dicium non ex numero civium constabat, sed ex certo ordine civitatis; cujus generis ordines Romæ tres fuere: Senatorius, Equestris, Tribunorum (u) ærarii. In his autem ordinibus qui erant, non omnes erant idonei, ut Judices esse possent, sed si qui legendi, aut sumendi essent, jubebantur sumi ex his ordinibus, aut aliquo eorum, prout legibus judiciariis cavebatur; alioquin sumptus in ea causa erat, ut posset rejici. In quibus studium est cognoscendæ antiquitatis, pleniorem harum rerum cognitionem haurire poterunt ex monumentis doctorum hominum, qui hæc ex professo tractaverunt.

CAPUT XV.

De causis suspicionum, propter quas Judex rejici possit.

SUspicio non quævis ad removendum Judicem idonea, sed justa, & ea, quæ certas suspicionis causas habet; cujusmodi sunt hæ perturbationes in Judice: spes lucri ex judicio; metus litigatoris, si ei Judex infensus; amor interior erga alterum; judicii corruptela. Primum si ea causa sit, cujus commodum, aut incommodum Judicem tangat, repudiari is recte (x) poterit. Commodum autem, & incommodum hic generaliter accipimus, non tantum pecuniæ, sed etiam (y) existimationis; proinde qui causæ, de qua agitur, defendendæ aliquando operam navavit, eum tanquam suspectum rejici posse non est dubitandum. Secundo recte repudiabitur ut suspectus, si cui ex litigatoribus inimicus, aut infensus (z) sit, ne quid in eum, cui infensus est, inique statuat. Idem propter eumdem metum placuit, si tantus sit amor Judicis erga adversarium, ut nonnihil præter bonum, & æquum ipsius (a) causa velle existimetur; de quo vel ex (b) jure cognationis, aut (c) affinitatis, vel ex (d) beneficio accepto, aut communione (e) muneris statuendum est. Postremo ob suspicionem corruptionis rejici potest, quem aliquis sibi Judicem dari petiit; nisi hoc (f) specialiter a Principe ad verecundiam petiti Judicis respiciente permittatur. Atque hæ quidem quatuor causæ sunt suspicionis jure civili receptæ. Sed quia nemo suspicione ipso jure efficitur non idoneus, causam suspicionis (g) allegare, eamque (h) probare oportet. Hinc de vi ad removendum tria adhuc quærenda sunt: quo tempore recusari Judex suspectus debeat; quæ recusationis forma; quis exitus. De tempore sic jus est: ante litem contestatam Judicem rejici posse, postea non posse, nisi quæ causæ (i) novæ post litem contestatam emerserint. Forma hæc, litigator causam suspicionis (k) libello complectitur, eumque porrigit Judici ipsi, quem sibi suspectum esse dicit. Exitus, si recipit causam recusationis Judex, & ultro se abstinet, res expedita est; sin eam rejiciat, relinquitur, ut apud arbitros, vel consensu litigatorum (l) sumptos, vel a Judice datos ea probetur, qua probata, Prætorem adibunt, ut is alium Judicem det, qui de causa cognoscat. Quæ omnia jure (m) canonum aperte constituta sunt, & juri civili veteri fere consentanea. Quamvis autem Justinianus postea litigatoribus potestatem fecerit Judicem pro arbitrio recusandi, neque exigat, ut causam suspicionis aut dicant, aut probent (n); usus tamen publicus; eumque sequuti Pontifices eam constitutionem non sine gravi causa raprobaverunt, in quo nos acquiescere opor-

(u) Primis temporibus in potestate Senatorum judicia fuere; lege autem Sempronia a Senatoribus ad Equites translata; utrique deinde ordini lege Livia permissa: adjecti postea lege Plautia tribuni ærarii sed non multo post a Cæsare dictatore sublati. Hinc tot leges judiciariæ sese mutuo evertentes, de quibus fusius Manut. in *lib. de legib.* Carol. Sigon. *d. c.* 18. *lib.* 2.

(x) *l. un. C. ne quis in sua cá. jud. l.* 17. *ff. de jud.*

(y) *l.* 1. §. *in propriis. quand. apr.* quod a nobis pluribus expositum est in quæstione de testib. *lib.* 4. *c.* 30.

(z) *l.* 9. *de lib. cau. cap. secundo requiri. ext. de appell.* Quid si reconciliatio intervenerit? aliud statuendum videtur, tametsi dissent. Zas. in *l.* 16. *C. de jud. n.* 12.

(a) Nam si ob hanc causam rejici testis potest. *l.* 3. *de testib.* multo magis Judex, cui major facultas gratificandi amico.

(b) Quod quousque extendi debeat, ex moribus cujusque regionis statuendum. Si æquali gradu utrique conjunctus, cessat causa suspicionis. Pet. Greg. 49. *synt.* 3. *n.* 5. Duar. ad *l.* 10. *de jurisd.*

(c) Per *c. absens*, 8. *c.* 3. *q.* 9.

(d) Rebuff. *de recusat. art.* 1. *gloss.* 1.

(e) Mainard. 1. *dec.* 82. & 85. Idem est, si Advocatus ante fuerit. *l.* 6. *C. de postul. l. ult. C. de assess.*

(f) *l. observandum*, 47. *de jud.* add. Gail. 1. *obs.* 33. *n.* 4. Mynf. 3. *obs.* 63.

(g) Et scripto complecti libello recusationis porrecto. *l. apertissimi*, 16. *Cod. de jud.* Gail. *d. loc. num.* 13.

(h) Ut accidit in omnibus exceptionibus. *l. in exceptionibus. ff. de prob. c. suspicionis*, 29. *de off. deleg.* Veteribus temporibus videtur suffecisse simplex ejeratio, his verbis. Ejero, iniquus est. Cujac. 9. *obs.* 23. Plin. in *Panegyr. Sors, & urna Judicem assignat, licet exclamare, hunc nolo, hic timidus est.*

(i) *l.* 16. *ff. de jud. c. pastoralis, de exc.* Idem est, si causam suspicionis a principio ignoravit. *d. c. pastoralis.* Gail. 1. *obs.* 33. *n.* 11. nec obstat *l.* 16. *C. de jud. circa medium.* loquitur enim de eo, qui & ante recusari poterat. Nam qui litem contestatur, consentire in Judicem, & causis recusationum renunciare intelligitur. *c. inter*, 10. *ext. de re jud.* Mynf. 4. *obs.* 59. Covarr. *pr. qq.* 26. *n.* 3.

(k) Nec ore fieri potest. Gail. *d. observ.* 33. *num.* 13. Quid eo libello exprimendum VVesemb. ad *dict. l.* 16. *num.* 21.

(l) Non ut de negotio principali cognoscant, in quam rem eos eligi vult. *dict. l.* 16. sed ut de causis suspicionis juxta scita juris Can. Sed & ipsa arbitrorum electio in desuetudinem abiit, soletque de his causis cognoscere superior.

(m) *c. secundo requiris*, 41. §. *ult. c. cum speciali*, 61. *ext. de appellat c. suspicionis*, 39. *de off. deleg.*

(n) Teste Bart. in *dict. l.* 16. *Cod. de jud.* Gail. *dict. obs.* 33. *n.* 16. Maynard. *lib.* 1. *decis.* 8ò. Covar. *pract. q.* c. 26. *n.* 1.

oportet. Non solum autem Judex datus, sed etiam (o) ordinarius, sive Magistratus ipse, ob eas, quas diximus, causas eodem tempore, atque modo potest. In exitu hoc dissimile, ut si remotus fuerit, vel alium ipse Judicem det, vel ad superiorem Magistratum litigatores remittat. Quod & ipsum jure canonico (p) cautum est, usuque receptum, obliterata constitutione Justiniani, qui recusato συνδικον adjungi voluit ejus loci sanctissimum Episcopum.

CAPUT XVI.

Judex recte ab initio datus quibus modis Judex esse desinat.

NOn est satis Judicem ab initio recte datum esse, nisi & perseveret; alioqui judicium solvitur. Causæ, propter quas Judex quis esse desinit, variæ, sed ad (q) tria genera commode revocantur. Nascuntur enim aut ex lege dationis, aut a persona dantis, sive superiore, aut denique a persona dati; a persona litigantium (r) nullæ. Ex lege dationis, ut si ad certum tempus datus fuerit; nam, eo finito, Judex esse desinit, nisi tempora ex consensu litigatorum ei (s) prorogentur. Ex eadem lege dationis efficitur, ut Judex datus Judex esse desinat, cum juraverit, neque sententiæ mutandæ postea habeat (t) potestatem. Ex persona dantis Judex esse desinit, si vel is, qui dedit, vel qui majus imperium habet, eum judicare vetuerit, quasi revocato (u) mandato. Non idem tamen in morte mandantis placuit; tametsi jurisdictio mandata morte mandatoris extinguatur, si is prius decesserit, quam geri (x) cœpta est. Alia enim causa est Judicis dati, alia mandatæ jurisdictionis: Judex datus suo jure cognoscit; is, cui mandata est jurisdictio, alterius vice (y) fungitur. Adde, quod favor litigatorum exigit, ne diutius trahantur. Ex persona sua toties Judex esse desinit, quoties quid inciderit, quod vel judicandi facultatem adimat, vel solvat judicii necessitatem. Facultatem judicandi hæc (z) adimunt: primo furor superveniens, vel qua alia mentis abalienatio; secundo si quid in Judice dato inciderit, quod longiorem moram trahat; puta periculum rei familiaris, aut (a) valetudo; tertio, si justa causa suspicionis postea (b) intervenerit. Atque ex his tribus causis desinit quidem esse Judex, qui datus est; ceterum non ipso jure, sed alterius surrogatu. Necessitas judicandi solvitur, statimque & ipso jure Judex datus Judex esse desinit, si is nactus (c) par imperium cum eo, qui eum dedit; propterea quod par in parem imperium non habet. Quia igitur remoto, aut mortuo Judice dato, alium substitui placet, quæsitum est de potestate substituti, si forte simpliciter suffectus fuerit, nulla re nominatim expressa. Et placuit eadem de re iisdem omnino (d) conditionibus sumptum videri, quibus is, cui surrogatus est; eamdem enim rem, & judicium, quod ante fuisset (e), permanere, licet ob subductam prioris Judicis personam solutum videatur.

CA-

(o) *l. qui jurisdictioni*, 10. *ff. de jurisd.* & ibi Zas. *n.* 5. *d. c. cum speciali. c.* 4. *de for. comp. c. legitima, de appell. in* 6. Cujac. 9. *obs.* 23. *in fin.* Senatum quoque recusari posse, si omnis, aut major pars suspecti, aut Præses, aliusve majoris auctoritatis docet, receptumque scribit Monach. *pr. jud. par.* 2. *c.* 2. *n.* 3. Contra Gail. *d. obs.* 33. *n.* 2. & 3. ubi Senatores supremæ Spirensis curiæ frustra recusatos tradit.

(p) *d. c. cum speciali.* Hanc dispositionem juris Canon. usu receptam, & constitutionem Justiniani Nov. 66. cujus sententia expressa est in *Auth. si vero*, C. *de jud.* ab usu recessisse tradit Pet. Greg. 49. *synt.* 3. *n.* 22.

(q) Alii modi non sunt hujus loci, ut si transigant, si reus bonam fidem agnoscat, si actor deserat, & eremodicio contracto circumduci causam, & cognitionem oporteat. *l.* 6. C *quem. & qu. jud. l.* 27. §. 1. *ff. de lib. ca.*

(r) Nam si alter eorum moriatur, judicium propterea non solvitur, sed transfertur vel in hæredem, vel in dominum litis, vel in patrem; una sane exceptio est, si is, cum quo lis erat, ab adversario adrogetur. *l.* 11. *de jud.*

(s) *l.* 2. §. 2. *eod.* Sed post constitutionem Justiniani *l. properandum*, C. *de jud.* causæ omnes certo tempore finiendæ. Vid. *inf. lib.* 4. *c.* 38.

(t) *l. judex posteaquam*, 55. *de re jud.* de quo item pluscula *lib.* 4. *c.* 46.

(u) *l. judicium*, 58. *de jud. l. potioris*, C. *de off. rect. prov.* etiam rebus non integris propter vim imperii. Neque delegans obligatur delegato, sicut mandator mandatori, ubi res non amplius integra. Godd. *de sequestr. c.* 1. *n.* 61. & *seq.*

(x) Judicium morte dantis non solvitur. *l. venditor*, 49. §. *ult. de jud.* Hoc ideo, quia Judex datus non fungitur vice dantis; sed notio, ex quo datus est, propria ejus facta intelligitur. Contra est in jurisdictione mandata. *l.* 6. *de jurisd.*

(y) Quod verum esse vel inde liquet, quia a Judice dato appellatur is, qui eum dedit; ab eo autem, cui mandata est jurisdictio is, qui provocaretur ab eo, qui mandavit. *L.* 1. *in pr.* & §. 1. *quis a quo app.*

(z) Non ipso quidem jure, sed suffectu alterius, *l. judex*, 46. *de jud. l. si longius*, 18. *eod.*

(a) De quibus in *l.* 13. *de vac. mun. d. l. si longius. l. pen.* C. *de ped. jud.*

(b) Forte quod alter ex litigatoribus Judicem hæredem fecerit; ut refert ex Juliano Ulp. in *l.* 17. *de jud.*

(c) *l. judicium*, 58. *d. tit.* junct. *l.* 3. & *seq. de rec. arb. l. qua de re*, 75. *de re jud.*

(d) Tantumdem quoque temporis, quantum priori datum. *l. si judex*, 32. *de jud.* quod utilitatis gratia placuit, quia aliquo tempore opus est substituto ad deliberandum de rebus a priore factis. Duar. *de jud. cap. de iis, qui jud. dar. sub fin.*

(e) *l. proponebatur*, 76. *de jud.* unde & id, quod priore inceptum, posterior sequi debet. *l. mortuo*, Cod. *eod.* quod non cogeretur, si aliud judicium foret, Duar. *dict. cap.*

CAPUT XVII.

De Assessoribus.

Hucusque de personis, quae ad judicium constituendum principaliter, & necessario requiruntur, oratio fuit. Transeamus ad juvantes, & administros. Earum quaedam operam Judicibus praestant, ut Assessores sive Consiliarii, quaedam litigatoribus, ut Advocati, & Procuratores. Assessores sunt (*f*), qui Magistratibus in judicio assident, ut in rebus ad judicium, aut jurisdictionem pertinentibus, suo iis consilio adsint, & jus, quod videtur, pro sua prudentia suggerant. Atque hinc ex ipsa re dicti sunt Assessores, & † Consiliarii. Differunt a Judicibus, & potestate muneris suscepti, & suscipiendi necessitate; nam omnes Judices aut jurisdictionem habent, aut notionem; Assessores (*g*) neutrum eorum; deinde Judicum munus necessarium est, Assessorum (*h*) voluntarium. Porro tria haec potissimum hic cognoscenda: quibus in rebus officium Assessoris versetur; passim ne omnes ad hoc munus admittantur; quae praemia huic officio proposita, violati quae poenae. Officium Assessorum in his fere causis consistere Paulus (*i*) significat; in cogitationibus, idest, causarum forensium quaestionibus, & (*k*) disceptationibus, sive civiles sint, & pecuniariae, sive publicae, & criminales; in postulationibus, quibus verbis significari puro desideria, & (*l*) postulata civium, ut in his Assessor suggerat quid hic Magistratus concedere possit, aut debeat: veluti, si quis petat sibi satisdari legatorum nomine, aut damni infecti; in libellis, quo nomine libellos intelligi existimo conventionales. Assessoris enim officium est cavere, ne hujusmodi libelli inepte concepti; aut rem illicitam continentes a Judice (*m*) recipiantur; in edictis, quae ad jurisdictionem pertinentia publice proponebantur; in Decretis, idest, iis, quae Magistratus causa cognita statuit, quale est, cum Decretum interponit de alienatione praediorum (*n*) minoris; postremo in epistolis, quas saepe Magistratus de (*o*) rebus ad jurisdictionem pertinentibus ad Principem scribebant, ut in his suggerat Assessor, quam recte, & pro officio epistola (*p*) concipiatur. In Assessoribus igitur non judicium, sed consilium fuit (*q*).

Cognitio Assessorum officio, videamus, an passim quivis ad hoc officium admittatur. Illud constat, quemadmodum nemo invitus Assessor fieri cogitur, ita Magistratibus quoque liberum eos assumere. Ceterum non omnes passim assumi, aut cuivis assidere possunt. Cur non possit, id quatuor horum sinnitur ex aliquo; aut ex persona Assessoris, si non sit (*r*) juris peritus, si sit (*s*) infamis, si eodem tempore advocatione (*t*) fungatur; aut ex loco assidendi, si popularis ejus (*x*) Provinciae, in qua assidere jussus, ut tamen unicuique liceat (*y*) quatuor menses in patria sua as-

(*f*) Quoniam in Magistratibus magis innocentia, prudentia, & fortitudo, quam doctrina, aut scientia juris civilis requiritur, ut praeclare Cic. *pro Planc.* eorumque occupationes, quamvis juris peritissimi sint, disceptationibus eos vacare saepe non sinunt; ideo suos sibi consiliarios, & assessores legunt. Datis autem Judicibus id non permittitur, cum ipsos peritos esse oporteat, nec, ut Magistratus, aliis occupationibus distringantur; eximitur tamen Judex a principe datus. Nov. 82. *in pr.* Olim etiam a Magistratibus dati Assessores habuerunt, ut patet ex Cicerone *pro Quint. & Rosc.*

† *l.* 5. *ff. hoc tit. l.* 3. C. *eod.* iidem & comites dicuntur. *l.* 4. *ff. eod. l.* 6. §. *pen. pe poen.* Cujac. 7. *obs.* 21.

(*g*) Utpote quorum munus est, eum, qui haec habet, & cui assident, instruere; nemo autem sibi assidere, aut Consiliarius esse potest.

(*h*) *l. Praetor*, 13. §. 2. *ff. de vac. mun.* junct. *l.* 1. C. *hoc tit.*

(*i*) In *l.* 1. *ff. eod.* Justinian. uno verbo eorum officium complectitur, cum dicit Assessores esse τὰ ἐντὸς νόμων ὑφηγουμένους. *d.* Nov. 82.

(*k*) Ut quid in unaquaque re juris sit, Magistratum edoceat; nam ipsa cognitio Magistratus est. *l.* 3. §. *cognoscit, de off. praef. vig. l. ubicumque, de reg. jur.* Sed hodie ex Nov. 60. potest Magistratus causae cognitionem Assessoribus injungere, dum apud se reservet litis contestationem, lationem sententiae, & conclusionem causae.

(*l*) Seu petitiones, quae causae cognitionem requirunt. *l.* 2. §. 2. *quis ord. in bon. poss.* Baro in *l.* 1. *hoc tit.* sed gloss. ibidem eo pertinere putat, ut videat Assessor, num is, qui postulat, sit infamis, &c.

(*m*) *l.* 9. §. 4. *de off. proc. l.* 7. *de postul.* gloss. in *d. l.* 1. Baro intelligit petitiones, quae sola subscriptione Principis, aut Magistratus expediuntur, per *d. l.* 9. §. 1.

(*n*) Et similia, quae quia disceptationem plerumque habent, ex consilii sententia fieri debent. Bar. *d. loc.*

(*o*) Quaerentes de jure; nam de facti quaestionibus moris non fuit consulere, aut rescribere. Hujusmodi autem epistolae in libris nostris frequentissime occurrunt. add. Duar. 1. *disp.* 41.

(*p*) Nam hujusmodi epistola. componere Assessorum fuit, scribere Cancellariorum, idest, Scribarum, seu Notariorum, ut recte Accurs. in *l.* 3. *C. hoc. tit.* De etymo vocis Cancellarii vid. Pet. Greg. 47. *synt.* 29. Pet. Pithoeum 1. *adv. subsec.* 12. Hodie munus Cancellarii sublime, & honorum apex, id cum quaestura Palatii comparat Gail. 1. *de pa. pub.* 5. *n.* 29. cum Praefecto Praetorio Cancellarium Galliae Bud. in *annotat. titul. de offic. praet.*

(*q*) Quo Judices instruebant duntaxat; unde nec in leges jurabant, ut Judices, *l.* 10. *Cod. de jud.* Judicis tamen portio quaedam Assessor dicitur in *l. omnis, Cod. Theod. de his, quae adm. trad. sunt.* Sane hodie Assessores etiam appellant ipsos Senatores Curiarum, quos constat Judices esse, & ordinariam jurisdictionem habere.

(*r*) Munus enim Assessoris, explicare ea, quae ex legibus descendunt, proprium est Jurisconsulti.

(*s*) *l.* 2. *hoc tit.* quippe Jurisconsultum virum bonum esse oportet. At liberti assid. non prohibentur. *d. l.* 2.

(*t*) Quamvis apud alium Magistratum. *l. ult. C. eod.* nec est contraria *l.* 5. *ff. eodem.* nam apud alium tractare sua negotia non prohibetur. Pac. 1. *q.* 51. Ant. Fab. ad *l.* 37. *ex qua ca. maj.*

(*x*) *l.* 10. C. *hoc tit.* Cujus rei non una ratio redditur ab Interpp. Bar. ad *l.* 3. *ff. eod.* Ant. Fab. ad *d. l.* 37. Muret. 1. *vol. orat.* 18.

(*y*) Hoc ideo forte, quia tam brevi tempore haud magna peccandi occasio est; & alia exceptio in *d. l.* 1. alia in *l. ult. eod.* item alia in *l.* 38. *ex quib. ca. maj. & d. l.* 10.

assidere; aut a Magistratu, cui assidetur, si pluribus, quam uni assessionem præbere velit, quod nemini (z) licet; aut ex causa, cui aliquando privatus patrocinium (a) præstitit; nam in ea causa aperte suspectus est. Nunc quæ præmia Assessoribus proposita, quæ pœnæ delinquentibus constitutæ, cognoscamus. Præmia eorum (b) varia: immunitas a tutelis, omnique indictionum, & munerum onere; ut si filiifam. sint, jure quasi castrensis peculii quæsita habeant; ut in causa restitutionis in integrum perinde habeantur, ac si Reipub. causa abessent; denique in authoramentum laboris, & industriæ etiam de publico salaria iis constituta sunt. In delinquentes contra variæ pœnæ pro varietate delicti constitutæ, quas nihil necesse est huc transcribere, cum nullo negotio cognosci possint ex iis constitutionibus, quibus (c) sancitæ sunt. Illud notabile, quod Assessor in quibusdam durius obligetur, quam Judex, seu Magistratus; Magistratus enim si quid iniqui juris statuerit, ex edicto Quod quisque juris non tenetur, si id non dolo, sed per imprudentiam fecerit; at Assessori etiam imprudentiam (d) officere placet; & merito, cum juris civilis scientiam palam profiteatur. Sunt & aliæ personæ, quæ in judiciis Judici operam navant, & ex parte etiam litigatoribus, ut Actuarii, Scribæ, Viatores, seu Exequutores litium, Nuncii, seu γραμματοφόροι; de quorum omnium persona, & officio satis diligenter legibus publicis apud (e) nos cautum est. Quod si quid de his jure Romano sancitum, quod ignorari non debet, ne hoc quidem, ubi locus postulabit, omittemus. Neque enim huc proprie pertinent, ubi agimus de iis personis, ex quibus judicium constat, & quasi coagmentatur.

CAPUT XVIII.

De Advocatis, seu de postulando.

UT Judicibus utiles sunt Assessores, ita Litigatoribus Advocati, & Procuratores, Advocatorum opera, ut (f) nobilior, ita & necessitate, & ordine agendi prior. Nam & Procuratoribus sæpe carere possumus, etsi adhibeatur, non solet initium eorum operæ esse, nisi cum lis contestatur, quo tempore incipiunt actioni, aut petitioni respondere. Advocatis autem nulla pars causæ (g) carere potest; nam & ab initio recte consuluntur, & in reliquo cursu peritorum patrocinium omnino necessarium est. Omnis autem de Advocatis quæstio quatuor locis continetur: primus est de persona Advocatorum; secundus de præmiis; tertius de eorum officio, ejusque neglecti pœnis; quartus de eorum in causa potestate, quorum quædam omnibus communia quædam propria Advocati Fisci. Prius autem, quam hos locos ordine exponamus, edocebo breviter, quibus nominibus tum Advocati ipsi, tum eorum officium denotetur. Antiquiores patronum ab Advocato separabant; nam qui alium defendendum susceperat, si orator erat (h), patronus dicebatur, Advocatus, si jus suggerebat, aut præsentiam suam commodabat (i) amico. Postea cum non amplius nudam præsentiam, sed orationem suam clientibus commodarent, promiscue hisce nominibus uti cœperunt, & Patronos, Advocatos (k), Causidicos, itemque (l) Togatos appellare omnes, qui causis agendis quoquo studio (m) operantur. Est autem causam agere, sive quod idem est, Advocati, Causidici,

(z) *l. ult. C. eod.* ubi & ratio. Sic legibus Atheniensium prohibitum fuit, ne Areopagites eadem tempore aliis in locis judicaret, quam Athenis.

(a) *d. l. ult. in fin. & per l. mandantis*, 25. *ff. de test.*

(b) De quibus vide *l.* 10. §. 6. *de excusat. l.* 12. §. 1. *de vac. mun. l.* 37. *& seq. ex qu. ca. maj. l.* 1. 4. 7. 11. *& ult. C. hoc tit.*

(c) in C. *hoc nostro tit. Nov.* 60. *cap.* 2. *Auth. ad hæc C. de jud. Nov.* 34. *cap.* 4. *l.* 21. *cap. de appell.*

(d) *l.* 2. *quod quisq. jur.* Eadem plane ratione, qua imperitia imputatur medico. *l. illicitas.* §. *sicuti, de off. præs. l.* 7. *in fin. & l. seq. ad l. Aquil.*

(e) Vid. Merul. *synops. prax. civ. lib.* 4. *dist.* 3. *tit.* 6. *& aliquot seq.* De eorum autem usu non solum novo, sed etiam veteri consuli possunt Car. Sigon. 2. *de ant. jur. civ. Rom. c.* 15. Pet. Greg. 47. *synt.* 4. *& du. seqq.* Cujac. in Nov. 44. Covarr. *pr. qq. c.* 10.

(f) Advocatus personam suscipit, Procurator negotium; inde Advocato meo sum susceptus, vel cliens; Procuratori mandator, vel dominus. Advocatus clientis sui causam orat, jus ei suppeditat, concipit libellos, preces & alia id genus. *l.* 3. *& tot. tit. C. de err. Advoc.* Procurator administer est, & exequutor advocationis, Advocato instrumenta, & cognitionem totius negotii subministrans. Cujac. *parat. C. de proc.* Pet. Greg. 49. *synt.* 6. *num.* 6. Advocatorum merita, & laudes illustri oratione prædicant Impp. in *l. Advocati*, 14. *C. de Adv.* 1.

(g) Et adhiberi potest Advocatus in omnibus causis, Procurator vero in civilibus, & privatis dumtaxat. *l. servum*, 32. §. *publice. l. licet* 42. *de proc.*

(h) Ascon. Pædian. in *divin.* Sic. Pollet. 2. *hist. fori*, 2 *& seqq.* Cic. *pro Cluent. Quis eum non modo in patroni, sed in laudatoris, aut Advocati loco viderat?*

(i) Nec voce, sed habitu, & nutu reo aderat. Plaut. Epidic. 3. *scen.* 3. *Res magni amici apud forum agitur; ei ire volo Advocatus.* Horum autem magnam sæpe catervam secum ducebant. Liv. *lib.* 3. *Virginius cum ingenti Advocatione filiam in forum adducit.* Cic. *pro Quint. Nihil tam copiosa Advocatione uterer, &c.*

(k) Quint. *lib.* 12. *c.* 1. *& in dialog. de oratorib. in pr. l.* 6. *& seq. C. de postul. l.* 2. *l. ult.* 60 *l. de Adv.* 1. similiter apud Claud. Juvenal. Martial. hinc *causidicina* apud Marcellin. *lib.* 30.

(l) Quia peculiari, & decenti toga amictos esse oportuit qui negotia perorabant; quod & hodie usus fori servat. Reliquos quoque cultus nitori operam eos dedisse constat vel ex Juvenale *satyr.* 7. *Purpura vendit Causidicum, vendunt amethistina, convenit illis Et strepitu, & facie majoris vivere census, &c.* Certe muneri tam honorato etiam vestitu honestus convenit, & sæpe habitu vulgus metitur facundiam. Laud. *Rom. singul.* 363. Add. Specel. *hoc tit.* §. *sequitur*, 2.

(m) Ut loquitur Ulp. in *l.* 1. §. *Advocatus*, 11. *de extr. cogn.*

dici, Patroni munere fungi, id, quod nostris uno verbo dicitur, postulare. Postulare, definitore Ulpiano, est desiderium † suum, vel amici (n) sui in jure apud Judicem exponere, vel alterius desiderio contradicere. Nunc ad locorum, quos proposui, expositionem accedo.

Ante omnia Advocatorum persona recte constituenda est. In eo quæritur, quinam advocatione fungi, seu postulare possint. Et constat omnes posse, qui non prohibentur. Eorum autem, qui prohibentur, quidam prohibentur jure, quidam sententia Judicis. Rursus, ut jure prohibeantur, fit, aut ob conditionem personæ, aut propter causas extra personam positas. Eorum, qui prohibentur conditione personæ, tres edicto ordines Prætor fecit. Primus ordo est eorum, qui in totum ad postulandum non admittuntur; in quo ordine duos Prætor removit, ab ætate (o) minorem septendecim annis; a vitio corporis (p), surdum. Secundus ordo eorum est, qui pro aliis postulare prohibentur, pro se non prohibentur. In hoc ordine sex excepti, notati tres edicto, & totidem constitutionibus. Edicto hi: a sexu (q) fœminæ; a vitio corporis (r), cæcus; item personæ turpitudine notabiles, quales sunt hi (ſ) quatuor; qui muliebria passus est; qui capitali crimine damnatur; qui damnatus calumniæ publici judicii; qui operas locavit in hoc, ut cum bestiis depugnaret. Constitutionibus excepti; a vilitate conditionis, (t) cohortales; a religione, omnes sacrosanctæ Catholicæ Religionis mysteriis non imbuti (u); ab imperitia, qui juris, & legum ignari. Quin etiam etsi forte quis cognitionem (x) juris habeat, tamen placuit, non anteeum in Togatorum consortium esse recipiendum, quam id jurati doctores, quorum opera usus est, testati fuerint (y). Tertius ordo habet eos, qui & pro se, & pro certis quibusdam personis hanc operam navare possunt, pro ceteris prohibentur. In hoc ordine sunt omnes edicto, aut constitutionibus infamia (z) notati, præter superiores illos quatuor, quos in secundo ordine Prætor notavit.

Personæ, pro quibus postulare iis permittitur, sunt, quæ eos, aut sanguine tangunt, aut affinitate, aut ad quos beneficium manumissionis pertinet, aut quorum tutelam, curamve (a) gerunt. De his, qui notantur infamia, dicetur haud multo post.

Causæ externæ, quæ alioqui idoneos pro tempore removent, sunt quatuor: interdum ipsa causa, cui patrocinantur; persona adversusquam agitur; locus postulandi; nonnunquam & persona ejus, apud quem postulatio instituitur. Principio sicut nemo idoneus Judex est in ea causa, cujus patrocinium suscepit, sic vice versa, qui Judex in aliqua causa constitutus est, non potest in eadem uni ex litigatoribus patrocinium (b) præstare. Secundo non cuivis adversus quosvis causam agere concessum, quamvis ceteris rebus integro. Excepti, Advocatus Fisci, qui adversus Fiscum postulare (c) prohibetur, præterquam si pro se,

---

† Ex hac parte latior videtur postulatio Advocatione, cum pro se postulans Advocatus sibi dici nequeat, quamquam hæc confundi solent. Ant. Fab. ad d. l. 1. §. 4.

(n) Quibus verbis excludi videntur Judices dati. Et sane edictum & Magistratibus conceptum fuisse arguit ipsa Ulpiani definitio, quæ extat in l. 1. §. 2. ff. de postul. tum §. 5. d. l. 1. sed vis edicti S. C. ad Judices pedaneos porrecta. Duar. d. tit. c. 4. VVesemb. in par. eod. n. 4. d. l. 1. §. 6. vers. item S. C. quamquam Rav. 3. conject. 20. pedaneos Judices ibidem interpretetur Magistratus min.

Nota quod ubi citatur C. de Adv. 1. est tit. de Adv. divers. Judicior. ubi vero de Adv. 2. est tit. de Adv. divers. Judic.

(o) d. l. 1. §. 3. eod. Dices, si minor vigintiquinque annis non potest esse Procurator, ut vulgo per l. 51. de proc. multo ergo minus Advocatus per l. 4. de Senat. l. 11. de mun. Respond. quod vulgo persuasum minorem vigintiquinque annis procuratorem esse non posse, nusquam traditum; sed ubi periculum est, ne eo restituto judicium fiat elusorium, recte recusatur. d. l. 51. Hoc autem in Advocato non metuitur, qui non condemnatur. Ceterum jure Can. approbata vulgaris sententia cap. 5. de proc. in 6.

(p) d. l. 1. §. 3. Muti non fit mentio, quia id stultum monere; uti nec servi, quia constat eum judicio interesse non posse.

(q) d. l. 1. §. 5. ubi ratio, cui hanc addit Magon. Cynos. Advoc. p. 2. c. 2. n. 13. ne Judex mulieris venustate, vel facundia amore captus corrumpatur. Hodierno judiciorum more ne pro se quidem postulare possunt.

(r) d. §. 5. vers. casum. ubi ratio, quæ tamen cæco pro se postulante cedit necessitati.

(ſ) Notati in d. l. 1. §. removet, 6. Excipiuntur ibid. qui aliorum curam, aut tutelam gerunt, propter muneris necessitatem. ibid. in fin.

(t) l. ult. Cod. de advoc. 2. Erant autem cohortales apparitores, seu officiales Præsidum, quos Græci vocant ταξεώτας.

(u) Idest, Pagani, vel Hæretici. l. ult. C. de postul. c. nemo. 7. de pœnit. dist. 1.

(x) l. 11. §. 1. C. de Advoc. 1. Turpe enim est causas in foro oranti jus, in quo versatur, ignorare. l. 2. §. Servius. de or. jur. Ac necesse est, ut per statuta tempora, idest, quinquennium, legum eruditioni inhæserit. Const. omnem, §. 2. & seq. de jur. doc. rat. l. 3. §. 4. & 5. l. 5. §. 4. & 5. C. de Advoc. 2. præter scientiam juris etiam vitæ, & morum integritas. l. 6. C. de postul. item facundia in Advocatis requiritur; id arguunt epitheta, quibus passim decorantur, præsertim in tit. de adv. 2.

(y) d. l. 11. §. non aliter. & ib. DD. Apud nos sola exhibitio testimonii promotionis, & præstatio juramenti, quod continetur art. 71. Inst. cur. sufficit; ac matriculæ inseritur absque ulla ulteriore in eruditionem inquisitione, quia grave est publico Academiarum testimonio derogare fidem.

(z) Nisi fuerint restituti. d. l. 1. §. deinde, 9. de postul.

(a) d. l. 1. §. fin. quatuor ll. seqq. in quibus omnibus non personæ postulantis, sed ejus, pro quo postulat, ratio habetur.

(b) l. 6. in pr. C. de postul. junct. l. 14. C. de assess. Judicem tamen prioris instantiæ in causa appellationis patrocinium præstare posse victori asserit Ant. Fab. C. Fabr. tit. de postul. defin. 1.

(c) l. 1. C. de adv. fisc. Apud nos etiam vetatur alias causas, quam fiscales consulendo, aut agendo suscipere, præterquam pauperum &c. art. 18. Instr. cur.

se, aut pro suprascriptis (*d*) personis postulet, decuriones, qui patrocinium suscipere contra patriam (*e*) vetantur eadem conditione, & privatus quivis, qui aliquem defendendum suscepit; neque enim licet adversus eum advocationem (*f*) convertere, nisi forte quis pupillo, adversus cujus patrem postulabat, tutor datus fuerit. In eo loco, in quo certus, & definitus Advocatorum (*g*) numerus constitutus est, advocationem exercere, nisi qui intra numerum sunt, non (*h*) possunt. Postremo sunt qui quamvis apud Prætorem postulare propter personam Magistratus prohibentur, tamen apud Judices pedaneos (*i*) admittuntur; in qua causa dicemus esse eos, quibus aut natura, aut leges, moresve impedimento non sunt.

Alterum genus eorum erat, qui sententia Judicis a postulando repelluntur. Hi sunt, quibus advocatione (*k*) interdicitur, aut quod amplius est (*l*) foro, quæ pœna quas ob causas infligatur dicetur cap. seq. Hic tantum duo hæc consideranda: quo loco postulare interdicto non liceat; item intra quod tempus. De loco sic habe: eum, cui foro interdictum est, non posse postulare eo loco, ubi Magistratus, qui interdixit, jurisdictionem habet; aliis omnibus (*m*) posse, nisi prohibitus sit ex infami (*n*) causa. Temporis nonnihil diversa ratio est; potest enim Magistratus non solum pro certo tempore alicui advocatione interdicere, sed etiam in (*o*) perpetuum, ut hic quærendum sit, quid Judex fecerit, in quo tam verba sententiæ, quam res ipsa, & potestas spectanda. Adversus prohibitionem si quis nihilominus postulare conetur, ei aut silentium a Magistratu imponi potest, aut pœna pecuniaria pro (*p*) æstimatione Judicis irrogari.

CAPUT XIX.

De præmiis Advocatorum, eorumque officio, & in causa suscepta potestate; simul de iis, quæ Advocati Fisci propria.

ADvocatorum opera quemadmodum hominum vitæ necessaria, & Reipublicæ salutaris est, ita eximiis quoque (*q*) præmiis (*r*) publice propositis ad eam invitamur. Præmiorum quædam omnibus Advocatis communia, quædam Advocati Fisci propria. Communia hæc duo: immunitas a muneribus civilibus, & proprietas bonorum ex hac opera quæsitorum. Omnes Advocati, qui in numerum Advocatorum Provinciarum, aut Judicum spectabilium recepti sunt, immunitatis a muneribus civilibus beneficio fruuntur, sed a (*s*) personalibus tantum; nam a muneribus (*t*) patrimonialibus nulli fere eximuntur. A personalibus unum quoque exceptum est (*u*) arbitrium, hoc est, ut ego interpretor, omnis ea opera, quæ arbitrio, & sententia transigitur, sive id arbitrium ex compromisso receperint, sive

(*d*) *l.* 10. *& seq. ff. de postul. l.* 13. C. *de adv.* 1. *l.* 3. §. 1. C. *eod. &* 2. DD. in *leg.* 1. C. *de adv. fisc.* Merul. *lib.* 4. *dist.* 3. *tit.* 9. *c.* 5.

(*e*) *l. pen.* §. 1. *de postul. l.* 2. *Cod. de advoc.* 1. Huc item pertinent Assessores. *l. ult.* C. *de postul.* item Monachi, & Clerici, paucis casibus exceptis; *c.* 1. 2. *& ult. extr. de postul.*

(*f*) *l. fin. ff. de postul.* & ibi gloss. *in fin.* Sed & qui pro una parte consulendo respondit, non debere eum deinde aliam partem adjuvare, nisi aliis rationibus, quam de quibus consilio [illegible] egit, eam niti compererit tradit Cutier. 1. *pr. qu.* 30.

(*g*) Qui varius fuit pro varietate fori. *cit.* C. *de adv.* 1. *&* 2. *passim*. In eo numero qui primicerius erat, fisci patronus deligebatur. *l.* 2. *&* 3. C. *de adv* 2. Apud nos certus Advocatorum numerus constitutus non est; sed omnes, qui modo titulo jurisprudentiæ insigniti admittuntur. Merul. *d. tit.* 12. *c.* 3.

(*h*) Unde & hi soli in matriculam inserebantur. *l.* 13. C. *de advoc.* 1. *l. ult.* C. *eod.* 2.

(*i*) Id quod satis intelligitur ex *d. leg.* 1. §. 6. *vers. item*. Sc. *de postul.*

(*k*) *l.* 6. §. 1. *l.* 9. *ff. l.* 1. 3. *&* 7. C. *de postul. l.* 9. *ff. de pœn. l.* 6. §. *ult. mand.*

(*l*) *d. l.* 9. §. 4. *de pœn.* utrumque tamen pro eodem accipi videtur in *l. providendum*, C. *de postul.* Huc pertinent, qui de matricula penitus delentur. *l. ult. Cod. de advoc.* 2.

(*m*) *l.* 6. §. 1. *de postul.* ratio in *l. ultim. ff. de jurisd.*

(*n*) *l.* 9. *de postul.* nam quæ infamat, ubique infamat; ut ait Bart. *ibid.*

(*o*) *l.* 1. C. *l.* 8. *&* *d. l.* 9. *ff. de post.* Excipiemus semper restitutum. *l.* 1. §. 9. *eod.*

(*p*) *arg. l.* 1. §. *explicatores, de effractor. l.* 9. C. *de bon. auct. jud. poss.*

(*q*) Duo hæc quasi alimenta virtutis esse scribit Plutarch. convenienter sententiæ Solonis, præmia & pœnas, quo item facit *l.* 1. §. 1. *de just. & jur.*

(*r*) Præter salaria, seu honoraria, quæ a clientibus pro singulis causis accipiunt, æstimanda a Judice pro modo litis, Advocati facundia, fori consuetudine. *l.* 1. §. *in honorariis. de ext. cogn.* Apud nos in singulas vacationes eorum certum salarium constitutum. Vid. Merul. *lib.* 4. *dist.* 4. *sect.* 5. *titul.* 8. *cap.* 6. Solent etiam Civitates, Collegia, personæ illustres, &c. ex numero advocatorum certos sibi diligere, & annuo donare stipendio, quibus non licet contra eos adesse, a quibus honorem consequuntur. *l.* 2. C. *de adv.* 1. nisi in propria, aut conjunctorum sanguine causa usque ad quartum grad. *l.* 13. C. *eod. l.* 6. *ff. de post.* aut pupillorum, quorum tutelam gerunt. *l.* 11. *& seq. eod.* Plura de salariis Advocator. Gail. 1. *ob.* 45. Menoch. *arbitr.* 531. *n.* 4. Petr. Greg. 49. *syntag.* 8. *n.* 5. *& seqq.*

(*s*) Quæ referuntur in *l.* 6. *l.* 13. *in fin. Cod. de advoc.* 1. *l.* 3. §. *ult. l.* 5. §. *ult.* C. *eod.* 2. Immunes itaque etiam erant ab excubiis faciendis, ut recte Bald. in *d. l.* 6.

(*t*) Nempe tributorum, a quo tamen onere etiam immunes esse contendit Guid. Pap. *decis.* 88. *&* 388. Certe apud nos hic etiam aliqua immunitas, sed tantum *Van accyse*. Sisti quoque, seu arrestari non posse neque personam Advocati, neque salarium ejus tradit Pek. *de jur. sist. cap.* 5. *num.* 13. quod & usus servat. Merul. *lib.* 4. *dist.* 3. *tit.* 12. *cap.* 12.

(*u*) *l.* 6. C. *de adv. d.* Scilicet postquam id receperunt pœna compromissa. *l.* 3. §. 1. *de rec. arb.* nam invitus nemo id recipere cogitur.

ſive in qua cauſa judices (x) dati ſunt. Proprietas bonorum omnibus quidem Advocatis tributa; ſed quæ iis tantum prodeſt, qui necdum ſui juris facti ex advocatione, ſive per occaſionem ejus aliquid quæſiverunt. Nam cum in ceteris uſusfructus acquiratur patri, ex hac cauſa quidquid eis obvenerit, id omne proprium ſibi habere (y) placuit, tamquam peculium quoddam caſtrenſe; quippe qui non minus in toga provideant humano generi, quam ſi præliis, atque vulneribus patriam, parentesque defenderent (z).

Ceterum ne hac opera, quæ ad ſalutem civium comparata eſt, in necem clientum, quos in fidem ſuam receperint, Advocati abutantur, certis finibus eorum officium circumſcribitur, quos tranſgredi impune non liceat; atque hic tertius locus eſt, quem in Advocati ſpectandum eſſe diximus. Omnis igitur officii Advocatorum deſcriptio tribus finibus continetur: aut enim in cauſa delata ſuſcipienda verſatur; aut in ſuſcepta defendenda; aut in pactionibus cum cliente interpoſitis. In cauſa ab initio ſuſcipienda ſic jus eſt, ut liberum iis ſit cauſam a privato delatam non ſuſcipere, a Magiſtratu vero injunctam, puta tenuioris alicujus, declinare (a) non poſſint; pœna recuſandi conſtituta, ut advocatione, & foro in perpetuum interdici (b) poſſit. In cauſa ſuſcepta, cetera, quæ ad diligentiam, & fidem Advocati pertinent †, libera, hæc quatuor legibus cauta. Primum jubentur Advocati cauſam ſemel ſuſceptam ad finem proſequi, deſerere, atque adeo longius (c) protelare prohibentur; deſertores advocationis amiſſione (d) puniuntur. Secundum eſt, ne falſum in cauſa vel admittant, vel recitent; admittentes in pœnam legis (e) Corneliæ, ſicut & ceteri omnes falſarii incidunt; recitantibus placet advocationis munere extra ordinem interdici. Tertium, ne in nimiam conviciandi licentiam prorumpant, niſi exiſtimationis, & famæ deminutionem pati (f) velint eo nomine injuriarum damnati. Quartum, ne in cauſa prævaricentur, ideſt, cum adverſario colludant, eum, quem defendendum ſuſceperunt, per ſpeciem officii (g) oppugnantes. Genus fraudis in Advocato ſingulare, nec tralatitie vindicandum; ideoque placuit etiam criminaliter prævaricantem accuſari poſſe, ac pro qualitate delicti extra ordinem (h) coerceri. Pactiones cum clientibus initæ prohibentur omnes, niſi intra legitimam palmarii quantitatem conſiſtant; ultra eam quantitatem ſi quis Advocatus ſibi paciſcatur, pactio pro eo, quod excedit, adeo inutilis eſt, ut etiam ſolutum ex ea repeti poſſit. Quod ſi ſocietatem lucri ex eventu litis ſperantes (i) (pactum de quota litis vulgo appellant) cum cliente coierint, duplicem hic pœnam expectent: quod & talis conventio tamquam contra bonos mores facta legibus in totum (k) improbetur, & paciſcentes ab officio (l) removeantur. Porro omnes contractus, licet de aliis rebus cum cliente interpoſitos, tamen nullius momenti eſſe leges (m) voluerunt, credo ne quid in earum fraudem ſimulate conciperetur.

Poſtremus locus eſt de Advocatorum in cauſa ſuſcepta poteſtate, ut quæ, & quanta illa ſit cognoſcamus.

Et ſciendum eſt, eam tantam non eſſe quin quæ abſente Advocato, vel acta, vel judicata ſunt,

---

(x) Dum ne dati in eodem negotio, in quo ſunt Advocati, quod expreſſe vetitum *l. 6. C. de poſt.*

(y) *l. 4. l. 8. C. de advoc. 1. l. ult. C. de inoff. teſt.*

(z) *l. Advocati*, 14. *C. eod. tit.*

(a) *l.* 1. §. *ff.* 2. *de poſt.* & ibi gloſſ. *ſ. providendum.* §. 1. C. *eod. l. nec quicquam.* §. 1. *& ſen de off. proc.* uti neque apud nos, cum Curia pauperi alicui Advocatum, aut Procuratorem dat, qui gratis cauſam ejus agant. *art. Inſtr.* 78. Romæ peculiarem eſſe pauperum Advocatum, qui ſalario de publico donatur ex Octav. VVeſtrio refert Pet. Greg. *ſynt.* 49. *cap.* 5. *n.* 11.

(b) Ut in ſimili caſu conſtitutum in *dict. l. providendum.* C. *de poſt.* Gail. 1. *obſer.* 43. *n.* 2.

† Non ita tamen libera, quin ipſi debuerint concipere libellos &c. *l.* 3. C. *de err. adv.* atque apud nos ſpecialiter ipſis injunctum, ut quæ ad merita, arcana, & præſidia cauſæ pertinent, ipſi conficiant, & ſubſcribant. *art.* 85. *inſtr. Cur. Holl.*

(c) *l. 6.* §. 4. C. *de poſt. l. properandum. l. rem non novam.* §. 1. C. *de jud. art.* 32. *conſt.* Car. V. *edita Auguſtæ Vindelicorum* 1548.

(d) Enimvero ſi patronus in progreſſu certaminis cauſam clientis ſui eſſe improbam, & ex falſis allegationibus compoſitam cognoverit, eam amplius fovere non debet, ſicuti nec ab initio ſuſcipere. *dict l. rem.* §. 1. quod autem ibidem conſtituitur, non licere, uno ex pluribus patronis, quod ipſi cauſa iniqua videatur, patrocinium deponente, alium ſubrogare, id deſuetudine ab aula receſſiſſe ex Bulgar. refert Zaſ. in *d.* §. 1. Ipſe quoque id damnat, nec mores noſtri obſervant. Menil. *lib.* 4. *diſt.* 3. *tit.* 12. *cap.* 5.

(e) *l.* 1. *de leg.* Cor. *de falſ.* Remotio fere communis officii neglecti pœna.

(f) *d. l.* 6. §. 2. C. *de poſtul.* add. Lancel. *Polit. de off. advoc. c.* 20. *n.* 16. *& ſeq.*

(g) Pro cliente fictitie dicis cauſa, pro adverſario ſerio re ipſa certantes. *l.* 1. C. *de advoc.* 1. *l.* 1. §. 1. *ff. de prævar.*

(h) *d. l.* 1. *in fin. de prævar. d. l.* 1. *Cod. de adv.* 1. *l.* 16. *in pr. ff. de pœu.*

(i) *l.* 1. §. *ſi cui cautum, de extraord. cogn. l.* 3. *Cod. de poſt.* Licita autem quantitas pro ſingulis cauſis uſque ad centum aureos, ad quam uſque ſummam peti poteſt quod poſt cauſam actum nomine palmarii cautum. *d.* §. *ſi cui.* Ordinatione Curiæ Pariſienſis Advocati pro ſingulis cauſis ſupra decem libr. gallicas accipere vetantur, teſte Coth. ad *d.* §. *ſi cui.*

(k) *l.* 5. *Cod. de poſtul.* quia alienæ litis redemptio ſpe lucri ex victoria conſequendi propoſita invitat ad delinquendum, unde & idem & Procuratori prohibitum. *l.* 15. C. *de procur. l.* 6. § *ult. & l.* 7. *ff. mand. l.* 20. C. *eod. l.* 53. *ff. de pact.* eadem ratio coercendi ceſſiones nominum. *l. fen. Cod. mand.* Conſule Pet. Greg. 49. *ſynt.* 6. *num:* 32. Menoch. *arb.* 522. Trentacinq. 2. *pr. reſ. tit. de poſtul. reſ.* 2.

(l) *d. l.* 5. C. *de poſtul. d. l.* 6. §. *ult. ff. mand.*

(m) *d. l.* 6. §. 2. C. *de poſtul.* Ceterum ante litem initi, lite poſtea ſuſcepta, irriti fieri non debent.

sunt, ea rata maneant, ut, pendente adhuc lite (*n*), carere Advocato causa possit. Illud quæritur, si quid ab Advocato in causa dictum, aut factum est, quam vim, & potestatem habeat; & interest, utrum id ad commodum litigatoris, an vero ad detrimentum ejus pertineat. Si ad commodum, quidquid ad causam promovendam Advocatus aut dixerit, aut fecerit, id omne ad utilitatem clientis pertinet. De detrimento autem clientis si agatur, distinguendum est, dolo ne malo Advocati, & prævaricati ne admissum sit, an errore. Si dolo, & collusorie, id tantum abest, ut clienti noceat, ut ne appellatio quidem hic (*o*) desideretur. Sin vero errore sive facti, sive juris Advocatus lapsus minus causæ consuluerit, si quidem absente cliente suo, & pendente adhuc lite, revocari potest, & post rem judicatam (*p*) appellari; si autem præsente cliente id evenerit, nisi is intra (*q*) triduum contradixerit, lite pendente, vel ea finita, intra tempora provocationis erroris emendandi causa (*r*) appellaverit, eum errorem quasi proprium corrigere amplius non valebit. Plane officium boni Judicis est ea, quæ in jure Advocati partium desunt, partibus supplere, erroreque contempto, judicare secundum ea, quæ legibus, & moribus sunt consentanea (*ſ*).

Hactenus quæ diximus, Advocatorum omnium inter se sunt communia. Advocati Fisci propria, & ab aliis diversa fuere hæc: numerus, tempus officii, præmia, officium, potestas in causa. Advocati Fisci numero bini attributi Præfectis Prætorio, reliquis Provinciarum præfecturis summis unus. Tempus hoc, ut prioribus illis duobus annuum, alteri biennale (*t*) esset. Præmia præter immunitatem, & proprietatem illam bonorum ceteris quoque indultam, fuerunt tituli dignitatis quidam, & (*u*) prærogativæ; tum salarium certum, & in singulos annos de publico (*x*) constitutum, quod & illis in ea functione mortuis (*y*) hæredibus integrum solvebatur. Officium, ne Fisci commoda dissimularent, neu per injuriam, & calumniam privatorum bona Fisco (*z*) adjicerent. Potestas in causa plane dissimilis a superiore in eo, quod absente Fisci patrono neque agi quidquam, neque definiri in causa fiscali possit.

CAPUT XX.

De his, qui notantur infamia.

QUia maxima pars eorum, qui a postulando removentur, sunt infames, nec quinam isti sint, Prætor in eo edicto adjecit, hinc necessario inducta est quæstio de infamibus, quam idcirco Prætor sequenti edicto complexus est; quod & nos sequuti sumus, exigente id non tam seriæ tractationis, quam rei ipsius necessitate. Quamvis autem hic primum nata est hujus quæstionis occasio, sciendum tamen est, utilitatem ejus longe patere latius, nec ad solum locum de postulando pertinere. Multa enim sunt infamiæ incommoda, multa, quæ ceteris civibus concessa, infamibus denegata sunt, ne quis parum momenti habere hujus rei cognitionem arbitretur. Igitur præter potestatem postulandi, de qua nunc agimus, denegata sunt infamibus hæc (*a*) quinque: jus assidendi, seu fungendi officio Assessoris; potestas accusandi; dignitates, & honores (*b*) obeundi facultas; auctoritas, & fides

(*n*) *l.* 4. Cod. *de postul.* *l.* 1. Cod. *de repud. bon. poss.* Absentia tamen Advocati justa causa est petendæ dilationis per *l.* 15. §. *ult. ex qu. cau. maj.* *l.* 1. *in fin.* Cod. *de dilat.*

(*o*) Sed victo liceat denuo de eadem re agere. *l.* 1. C. *de adv* 1. *l. Divus*, 33. ff. *de re jud.*

(*p*) Vetus constitutio est, errorem Advocatorum absentibus litigatoribus non nocere. *l. ult.* C. *de err. advoc.*

(*q*) *d. l. ult.* ubi Sichard. post Paul. Castrensem, tradit, intra triduum sufficere nudam erroris allegationem, post triduum vero requiri probationem, atque ita non obstat *l.* 7. C. *de jur. & fact. ign.*

(*r*) *d. l. ult.* Atqui causa decisa velamento tali non instauratur. *d. l.* 7. Recte, sed decisa scilicet cum effectu, si etiam tempora appellandi transierint. Non magis autem Advocati error in jure, quam facti nocere debet per *l.* 8. *in fin.* ff. *de jur. & fact. ign.*

(*ſ*) *l. un.* C. *ut quæ desi. adv. part. jud. supp.* Errat Sichard. *ibid. nu.* 5. cum tradit, consuetudinem, quamvis notoriam, suppleri non posse, quia facti, non juris: quod falsum. §. *constat*. §. *sine scripto*. *Instit. de jur nat.* *pr. instit. de off. judic.* add. VVes. ad *d. tit.* C. *in pat.*

(*t*) *l. binos*. *l. sancimus*. C. *de adv.* 1. tandem hoc munus perpetuum esse cœpit, quod & hodie observatur.

(*u*) Manentes adhuc in officio inter spectabiles sacri Consistorii comites habebantur, iisdemque fruebantur commodis. *l.* 4. §. 1. C. *de adv.* 2. officio functi ex Consulari Præsidis dignitate censebantur. *l.* 11. §. 1. *eodem*. liberi eorum clarissimi. *l.* 4. §. 2. add. *l.* 7. §. *ult.* *l.* 2. C. *eod.* 2.

(*x*) Ad summam sexcent. aureorum. *d. l.* 7. §. *sexcenti*. Ceterum quantitas salarii, & prœmiorum modus, tum etiam reliqua ita erunt, ut de his visum erit constituere iis, penes quos rerum potestas.

(*y*) *l.* 3. §. *ult.* *l.* 5. §. *ult.* C. *de adv.* 2. quod & in reliquis Advocatis, quibus certa salaria ab iis, quibus inserviunt, constituta sunt, obtinet. Mynſ. 3. *obs.* 8. & vulg. DD. Gail. 1. *obs.* 44. *n.* 13. hoc optima ratione extendit ad Professores. In contrarium disputat Bach. in *not. ad Treutl. p.* 1. *disp.* 8. *th.* 3.

(*z*) *l. pen.* C. *de adv. fisc.* Quod sequitur, est in *l. ult. eod.* Sed nec contra Fiscum patrocinium præstare possunt. *l.* 1. *eodem.* nisi suam, vel liberorum, aut parentum, pupillorumve, quorum tutelam gerunt, causam agant, *l. pen.* ff. *de postul.* vid. *c. præc. lit. d.* Add. Merul. *d. loc. tit.* 9. *c.* 5.

(*a*) Vid. *l.* 2. *de assess.* *l.* 9. *de accus.* *l.* 2. C. *de dign. lib.* 12. *l. un.* C. *de infam.* *l.* 2. *in pr.* ff. *de testib.* *l. fratres*. C. *de inoff. test.*

(*b*) Adempto quoque honore privantur. *l.* 8. C. *de decur.* *l.* 12. C. *de dign. & nobilit.* *l.* 2. C. *de sec. nupt.* *l. pen. in fin.* C. *d. dign.* *l.* 1. *in fin.* C. *ubi Senat. vel Clar.* nempe quoad privilegia, & immunitates, non quoad onera. *l.* 7. §. *ult. de interd. & rel.* *l.* 12. C. *de decur.* *l. un.* C. *de infam. lib.* 10. Vid. VVes. in *par. hoc tit. n.* 8. Tiraq. *de nobilit. c.* 24. Marq. Freher. *lib.* 3. *qui est de infam. c.* 25.

fides testimonii, nisi quid accesserit, quo animus Judicis confirmetur; jus capessendæ hæreditatis, ubi frater germanus a fratre est præteritus. Hæc inquam omnia, & fortasse (c) nonnulla alia incommoda sunt infamiæ, atque ad omnes causas famosas pertinent. Proinde quæcumque deinceps dicemus, in commune dicta esse intelligi debent.

In quæstione de infamibus duo in universum quærenda: quid sit infamia, & sit ne unius generis, an multiplex; deinde, quinam infamia notentur, ut inde fiant famosi. Infamia, quæ itidem (d) ignominia dicitur, nihil aliud est, quam famæ nominis privatio, sive imminutio. Fama, ad personam relata, est personæ cujusque (e) existimatio, quæ, definitore (f) Callistrato, est dignitatis illæsæ status, legibus, moribus comprobatus. Si mavis planius, est integra opinio de vita, ac moribus cujusque, qua fit, ut quis inter bonos, & honestos viros habeatur. Hujus existimationis, & famæ damnum, quo fit, ut famosus a cœtu honestorum segregetur, contrario verbo infamiam (g) appellamus. Etsi autem vera infamiæ genera nulla nobis appareant, commodioris tamen doctrinæ gratia receptam (h) distinctionem sequuti, duplicem eam facimus: una facti, alteram juris. Facti infamiam dicimus, quæ ex facto turpi, eoque non (i) dubio nata, nulla tamen parte juris (k) notato, existimationem alicujus graves, & (l) cordatos viros onerat. Ex factis sæpe existimationem minui, atque hujus maculæ etiam sua esse incommoda constat: nam & testimonii fides notatis detrahitur, & a successione ejus, qui fratri sanguineo præterito ipsos instituit, per inofficiosi querelam (m) repelluntur. Crediderim nec aditum eis ad (n) dignitates patefieri oportere. Ceterum hæc infamiæ species ex circumstantiis melius æstimari, quam certis regulis concludi potest, utpote de qua nihil certis legibus (o) definitum est. Unde etiam fit, ut interdum hujusmodi personæ oppositæ iis, qui jure notantur infamia, infames esse (p) negentur. Quamobrem & nos quoque eas missas facimus, ut a proposita tractatione alienas, in qua de iis quærimus, qui edicto perpetuo inter infames numerantur, & ad quos superiora incommoda omnia pertinent.

Infamia juris est, quæ ex turpi aliquo facto orta, juris auctoritate, in factum notantis, irrogatur. Duo igitur hic concurrant necesse est: factum aliquod turpe, & juris auctoritas hoc factum (q) notantis. Facta id genus triplicia: aut enim sola lege notantur hoc ipso, quod admissa sunt; aut ita, si quis sententia Judicis eo nomine damnatus fuerit; aut denique ita, sive quis eo nomine damnatus erit, sive pactus (r) dumtaxat. Lege sola notantur hæc: edicto Prætoris, si quis artis ludicræ causa in scenam (s) prodierit; si (t) lenocinium

(c) De his plene tractat Frehar. *dist. lib.* 3. *cap.* 24. *& seq.*

(d) Bodin. 3. *de rep.* 3. existimat ignominiam esse, quæ vulgo infamia facti, ac plerosque eo verbo temere pro infamia abuti; sed refellitur *l.* 2. *l.* 14. C. *& l.* 10. ff. *hoc tit. & similibus*. utrumque autem κατα ἐπίτασιν dictum videtur, sicut infirmitas, inopia, &c. VVes. *parat. h. tit.*

(e) Quo & verbo pro eodem utuntur passim juris auctores. *l.* 3. §. *ult. l.* 4. *de susp. tut. l.* 13. §. *pœnæ gravior. h. tit.*

(f) In *l. pen.* §. 1. *de ext. cogn.* ubi dignitatem paulo latius accipit, pro ea conditione personæ, qua quis in numero bonorum civium censeri meretur, munerum, honorum, rerumque ad civilem societatem pertinentium gerendarum capax. Cic. 2. *de invent.* proprie accipit, cum ita definit, ut sit alicujus honesta, cultu, & honore, & verecundia digna auctoritas.

(g) *l.* 7. C. *hoc tit. l.* 2. C. *de dign.* unde Bart. in *l.* 1. *hoc tit.* infamiam definit: *læsæ dignitatis statum legibus, vel moribus improbatum*. Zas. & VVes. *hoc tit. n.* 1.

(h) Quam & hi loci suggerunt *l.* 13. C. *hoc tit.* junct. *l.* 3. *in pr. de lib. & posth. l.* 7. *de obseq. l.* 20. ff. *hoc tit. l.* 2. *Cod. de dign. l.* 27. *Cod. de inoff.* Accurs. Part. & DD. ad *l.* 1. *hoc tit.* VVes. Zas. *dict. loc.* Duar. *eod. c.* 2.

(i) Nam quæ ex falsa suspicione, ut nonnunquam fit, oritur, infamatio verius dicetur. Freher. *c.* 22.

(k) Sed opinione hominum dumtaxat. Hanc igitur infamiam pariunt omnia facta turpia, ob quæ condemnatos etiam sequitur infamia juris, neque eam vitabit per Procuratorem litigans, quamvis eo pacto vitatur infamia juris. *l.* 6. §. 2. *hoc tit.* Freher. *d. c.* 22. Eadem macula asperguntur damnati Quod met. ca. Unde vi &c. ut vult Zas. *par. hoc tit. n.* 20. *& seqq.*

(l) Neque enim vulgi rumores, aut vanum plebis judicium hanc notam cuiquam ita inurunt; sed illaudari a laudatis, ut scite Alb. Gent. *de act. fab. c.* 14.

(m) Quorum illud traditur in *l.* 3. *in pr. de testib.* hoc in *l. fratres*. C. *de inoffic. testam.*

(n) Per *l.* 2. C. *de dign. lib.* 32. ubi gloss. Freher. *c.* 25. Certe ubi virorum honestorum copia, inhonestum hos eligi. *l.* 6. *de decur.* quæ est sententia gloss. in *l.* 13. §. 6. *hoc tit.* Forte gradus hujus ignominiæ hic recte distinguentur, prout VVesemb. ex Baldo *par. hoc tit. n.* 2.

(o) Potest tamen aliquo modo describi. Quod autem Ant. Fab. tradit ad *l.* 4 §. 4. *hoc tit.* facti ignominiam juri penitus ignoram, omnique effectu juris carere, falsum esse apparet ex iis, quæ paulo ante dicta.

(p) *l.* 13. *& seq. l.* 19. C. *hod tit.* Quia nempe non notantur lege, aut alia parte juris, neque incommoda infamiæ juris ad eos pertinent. Quominus autem facti maculam sustineant, impedire non est in potestate legislatoris. Quo pertinet illud Claudii Imp. qui cum cuidam notam, deprecantibus amicis, ademisset, *litura tamen*, inquit, *extat*. Suet. in *Claud. c.* 16.

(q) Argumento sunt *tit.* ff. *&* Cod. de hac materia concepti. *l.* 43. §. *den. in fin. de rit. nupt.*

(r) Alii malunt bipartito ita: aut lex sola factum notat, aut sententia Judicis accedente, sub quo membro etiam paciscentem comprehendunt; quod qui paciscitur pro confesso, confessus judicato habetur *l.* 5. *hoc tit. l.* 1. *de confess.* Zas. *par. ibid. n.* 2. Duar. *eod. cap.* 2. quod tamen non perpetuum. *l.* 7. *eod.*

(s) Additur quæstus causa in *l.* 1. §. *ult. eod.* Quid si gratis, exercitationis, & oblectationis causa? Notari negant Baro, & Fab. *ibid.* Contra Gothofr. citans Augustin. 2. *de civ.* Dei, 11. Vid. Alber. Gent. *de act. Fab. cap.* 15.

(t) *l.* 1. *d. l.* 4. §. 2. *eod. l.* 43. §. 6. *de rit. nupt. l.* 2. §. 2. *& seqq.* ff. *l.* 2. 9. 10. C. *de adult.*

nium quis fecerit; si quis virum eludere filiam suam passus non (u) fuerit; item tria alia, quæ in edicto continenter sequuntur. Aliis juris partibus quæ causæ notantur potissimum (x) hæ sunt: qui muliebria passus erit; qui operas suas, ut cum bestiis depugnaret, locavit; quæ palam corpore suo quæstum fecerit; quæ in adulterio deprehensa est; qui venere non nominanda se polluit; qui fœnus improbum exercuit; qui contra pactiones jurejurando firmatas venire conatus fit; qui fidei Catholicæ symbolo Apostolico comprehensæ obstinate adversatur (y)

Secundum genus totum judicis distinguitur. Judicia aut civilia sunt, aut criminalia. Civilium quædam ex edicto, alia ex contractu, & quasi contractu. Criminalia rursus publica, aut non publica; atque ex omnibus alia famosa, alia non item. Civilia judicia ex edicto proficiscentia famosa sunt (z) septem: furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo malo, expilatæ hæreditatis, sepulchri violati, item actio, quæ est adversus mulierem, quæ ut in possessionem bonorum ventris nomine mitteretur, prægnantem se adseveraverit, cum prægnans non esset, aut ex alio concepisset. Ex his causis, atque ex his judiciis condemnati omnes edicto notantur, sed ita, si damnati sint suo nomine; quod additum propter Procuratores, Tutores, & Curatores, qui alieno nomine conventi tametsi ipsi condemnentur, infamiæ tamen notam non (a) subeunt. Ejusdem generis judicia ex contractu, vel quasi contractu orta famosa sunt (b) quatuor: mandati, pro socio, tutelæ, depositi; sed ita, si tres hæ conditiones concurrant, si quis in his (c) suo nomine; si de dolo, ac (d) perfidia sua; si (e) directo judicio condemnatus fuerit; nam in contrario non de perfidia agitur, sed de calculo, qui fere directo judicio dirimi (f) solet. Quid ergo? an reliquis bonæ fidei judiciis, puta empti, venditi, locati, conducti, commodati actione pignoratitia ob dolum, & perfidiam damnari infames non erunt; & cum Prætor quatuor illa superiora nominatim exceperit, notaveritque, haud dubie in ceteris integram existimationem meri voluit. Nec vero defuit Prætori sua ratio, cur quatuor illa a ceteris segregaret; licet enim in omnibus, qui se malitiose gerit, fidem ex æquo violat, in solis tamen illis quatuor eam violat specie amicitiæ, quod majoris est improbitatis; nam quod de mandato non ex fide gesto ait (g) M. Tullius, eo nomine non minus turpe judicium constitutum esse, quam furti, propterea quod hæc culpa duas res sanctissimas violat, amicitiam, & fidem, id non magis ad mandati judicium, quam ad tria reliqua, tutelæ, depositi, pro socio pertinet.

Judiciorum criminalium hæc distinctio est, ut quædam publica sint, ut diximus, quædam non publica. Publica, sive quæ ex legibus publicorum judiciorum veniunt, omnia sunt (h) famosa. Quæ non sunt publica, aut sunt de iis delictis, quæ in judicio publico admissa sunt; aut nec publica, nec ad judicium publicum pertinentia. Prius genus & ipsum totum famosum esse species arguunt, calumnia, prævaricatio, tergiversatio; quæ omnia sunt hujusmodi, ut qui judicatus erit, quid eorum in judicio publico fecisse, eum sequatur infamia, etiamsi publico judicio non (i) sit damnatus. Alterum de iis criminibus quæ

(u) Sed intra tempus luctus in matrimonium collocavit, sciens generum esse mortuum. *d. l. 1. l. 7. eod.* Notetur & mulier intra id tempus ultro nubens. *l. 15. C. eod. l. 1. C. de sec. nupt.* a quo tamen recessit jus Can. *cap. penult. & ult. ext. de secund. nupt.* quæ sententia comm. recepta. DD. in *d. l. 15.* Quamvis summa ratio est, quæ pro jure civili facit, turbatio sanguinis. *l. 11. §. 1. ff. hoc tit.* abusus est Pontifex loco *Pauli 1. ad Cor. 7. vers. ult.* occurrentis quidem eorum errori, qui secundas nuptias illicitas esse putabant: leges autem pudoris custodes minime abrogantis, sicut ex Theophylact. eum locum accepit.

(x) *l. 1. §. 6. de postul. d. l. 43. §. 1. pen. & ult. de rit. nupt. l. cum vir. C. ad l. Jul. de adult. l. eos, 26. §. C. de usur. l. 1. C. de S. Trin.*

(y) Cujus generis eos solos esse existimo, quos pura antiquitas, & piæ constitutiones hæreticos vocant.

(z) Quorum quatuor priora comprehensa edicto, reliqua tria *l. 12. C. hoc tit. l. 1. de sepulc. viol. leg. leg. notatur, 15. & quat. seqq. ff. hoc tit.* Condictiones autem famosæ non sunt, licet ex famosis causis descendant, *leg. cessat, l. 36. de obl. & act.* nec interdicta, quamvis ex delicto. *l. 13. de vi arm.* nec actio quod met. ca. nec legis Aquil. quamvis pudorem onerant, & facti infligunt ignominiam, ut *sup. lit. k.*

(a) *l. 6. §. 2. hoc tit.* junct. *l. 1. C. de sent. & interl.* Ratio peti potest ex *l. sancimus. C. de pœn.*

(b) *l. 1. in clausula Qui pro socio, eod.* Cur autem hæc sola quatuor? ratio mox reddetur.

(c) *d. l. 6, §. 2.* quæ conditio cum prioribus communis.

(d) Per *d. l. 6. §. ult. §. suspectus autem remotus. Inst. de susp. tut.* Est enim absurdum infamia coerceri eum, qui nihil turpe admisit, sed culpa tantum, solita negligentia, aut imperitia peccavit, quod etiam in hominem idoneum, & frugi cadere potest. *l. probum, 42. de verb. sign.* ubi Goed. accurate Don. 18. *com.* 8. Recte igitur Accurs. interpretans superiorem clausulam hanc conditionem adjecit: *Utique lata culpa non excusat, l. 11. §. pen. eod.* vid. *l. 2. c. 76.*

(e) *d. l. §. ult. l. 5. depos. §. 1. Inst. de pen. tem. lit.* Exceptio addita non propter actionem pro socio, quæ utrinque directa, sed propter tres reliquas, quarum quædam directæ, quædam contrariæ. *d. §. 2.*

(f) *d. §. ult.* videlicet jure compensationis, per *l. in rebus, 18. §. ult. comm.*

(g) *Pro Rosc. Amer.* add. Coras. 4. *miscell.* 19. *n.* §. Ant. Fab. 6. *conj.* 17. & *ad d. l. 6. §. 5. hoc tit.* vid. & Dom. eleganter hac de re differentem. *d. loc.*

(h) Nihil de hac parte cautum edicto; sed extat definitio in *l. 7. ff. de pub. jud.*

(i) *l. 1. in pr. hoc tit. l. 6. §. 3. C. de decur. l. 1. C. ut int. cert. temp. crim. qu. term.* junct. *l. 3. de prævar. l. c. §. 1. ad Turpil.* Consule Freher. *d. lib. 3. 3. c. 5.*

quæ neque publica ſunt, neque in publico judicio admiſſa, partim (*k*) famoſum eſt, partim integræ exiſtimationis. Famoſum, ſi id crimen ex ea actione eſt, quæ etiam in civili judicio infamiam condemnato (*l*) importaret, veluti furti, injuriarum, expilatæ hæreditatis, ſepulchri violati, ſuſpecti tutoris accuſatio. Stellionatus crimen interdum famoſum eſt, interdum non eſt; de quo eadem regula ſic recte definiemus: famoſum eſſe, ſi eo nomine agatur ex ea cauſa, quæ in judicio civili infamia infligeret: finge de dolo tantum eo nomine agi potuiſſe; non eſſe famoſum, ſi idem crimen admiſſum proponatur in iis contractibus, quorum actiones non ſunt (*m*) famoſæ. Ceterum in hoc genere infamiæ, quæ ſententia irrogatur, monendi ſumus non ſufficere ad infamiam, ut cauſa, quæ notetur præceſſerit, atque ex ea ſuo nomine quis damnatus ſit, nihil damnatus ſit, niſi damnatus ſit, (*n*) ſententia Judicis non (*o*) Arbitri, eaque definitiva, non (*p*) interloquutoria; denique cum effectu, ut ſententia vim ſuam obtineat, neque aut integrum (*q*) reſtitutione, aut (*r*) appellatione infringatur.

Porro ſciendum eſt, totum hoc jus, etſi ut plurimum ita ſe habeat, nonnunquam tamen mitigari poſſe, remiſſa a Judice infamia. Remittere infamiam bifariam poteſt: majore pœna corporali, quam legitima eſt, irrogata ſemper, quaſi duriore ſententia (*ſ*) tranſactum ſit de exiſtimatione; mitiore inflicta interdum, nempe cum Judex, cauſa condemnationis non expreſſa, eam pœnam damnato impoſuit, quæ etiam in non famoſos (*t*) cadere poteſt; quaſi, omiſſa cauſa delicti, de facto pronunciaſſe videatur, tamquam admiſſum non eſſet, quod objicitur. Quod ſi aut prius de facto famoſo pronunciaverit, aut etiam crimine prætermiſſo eam pœnam ſtatuerit, quæ judicio famoſo conveniat duntaxat, non poterit infamiæ pœnam mitiore ſententia tollere, ne auctoritas juris, quæ in judicantis poteſtate non eſt, convellatur (*u*).

Cognovimus tandem ſecundum genus infamium, eorum videlicet, qui notantur ſententia Judicis ob eas cauſas, quas in eo genere complexi ſumus. Ex conditionibus autem, quas in ſingulis cauſis adjicimus, obſervare licet, non uno modo in hoc genere infamiam poſſe declinari. In ſumma autem (*x*) tribus modis. Primo, ſi quis judicio conventus curet, ut per Procuratorem defendatur, quo fiet, ut & ipſe notam infamiæ effugiat, quia Procurator condemnabitur, nec tamen Procurator notetur, quia condemnatur nomine (*y*) alieno. Secundo, ſi det operam, ne ad ſententiam condemnatoriam perveniatur, ſive paciſcatur cum adverſario, quibus in (*z*) cauſis id facere licet, ſive pecuniam, quanta petitur, actori ante litem conteſtatam offerat (*a*), obſignetque, quæ obſignatio pro ſolutione cedit, ſive etiam judicio jam inſtituto idem faciat, quo quidem etſi ſtatim non conſequitur, ut obli-

(*k*) Hujus generis etiam judicium militare, ſi quis ignominiæ cauſa ab exercitu dimiſſus eſt. *d. l.* 1. *in pr.* ſive exauctoratus, aut cui inſignia militaria detracta *l.* 2. §. *ignominiæ. eod.* add. Pet. Fab. 2. *ſerm.* 17.

(*l*) *d. l.* 7. *de pub. jud.* junct. *l. ult. de furt. l. ult. de in jur. tit. de crim. exp. hæred. l.* 8. *l. ult. de ſepulc. viol.* §. *ſuſpectus autem remotus. Inſt. ne ſuſp. tut.*

(*m*) Atque ita conciliand. *l.* 23. §. *ult. hoc tit. & l.* 2. *ff. Stellion.* Per ſe autem, & natura ſua famoſum non eſt. *l.* 3. *C. de crim. ſtell. l.* 3. §. *pen. ff. eod. tit.* Joan. Accurſ. in *d. l.* 13. Baro *ibid.* Duar. 1. *diſp.* 42. Cujac. 10. *obſerv.* 26. Diſſ. Ant. Fab. 4. *conj.* 2.

(*n*) *d. l.* 4. §. 4. *l.* 19. *hoc tit. l.* 7. *de pub. jud.* Non ſufficit delatio, aut accuſatio, quamvis reos interim petere prohibetur. *leg.* 7. *de mun. & hon.* nec carcer, aut vincula notant. *l.* 1. *C. hoc tit.* nec tortura. *l.* 14. *Cod. eod.* quia ut carcer non pœnæ, ſed cuſtodiæ cauſa. *l.* 8. §. *ſolent. de pen.* ita quæſtio non pœnæ, ſed veritatis eruendæ cauſa inventa eſt. *l. pen. de quæſt.* Cujac. in *l.* 216. *de verb. ſign.*

(*o*) *d. l.* 13. §. *ex compromiſſo.* immo nec de actione famoſa ex delicto ad arbitrum iri poteſt. *l.* 32. §. 6. *de rec. arb.*

(*p*) Puta ſi per interloquutionem notavit. *d. l.* 13. §. 5. & ibi gloſſ. quod verecundiam magis onerat, quam exiſtimationis maculam aſpergit. *l. ob hæc*, 20. *ff.* 17. *l.* 17. *l.* 19. *C. eod.*

(*q*) *l.* 1. §. *pen. de poſtul.* Quod remedium appellationi eſſe ſimile declarat *l. ſi ca.* 32. 32. *C. de tranſact.* Nimis temere Ant. Fab. totum *d.* §. *pen.* Trihoniano adſcribit.

(*r*) *l.* 6. §. 1. *hoc tit.* quia interpoſita appellatio judicatum extinguit. *l.* 1. *in fin. ad Turp.* Quid ſi prior ſententia confirmata, unde infamiam inchoabimus? ex tempore poſterioris ſententiæ. *dict. l.* 6. §. 1. non enim duæ hic ſententiæ, quæ per ſe valeant, ſed una confirmans, in qua tamquam pars includitur confirmata. Hinc notant pragmatici, condemnationem vires ſumere a confirmante, non a confirmato. Quod ſi ultro ceſſerit appellationi, retro infamis erit. *d. l.* 6.

(*ſ*) *l.* 13. §. *pœna. eod. l.* 4. *C. eod. l.* 15. *ff. ad mun. l.* 5. *de decur. l.* 10. §. *ult. ne pen.* nec hujuſmodi ſententiæ ſunt expreſſe contra *ll.* quæ nullæ ſunt. *l.* 16. *de app.* ſed contra jus partis, quod declarabimus *lib.* 4. *c.* 48. non obſtant *l. non poterat. de furt. l. divus. de injur.* loquuntur enim de Judice, qui ſimpliciter furti &c. damnavit; nec aliam pœnam addidit, quæ in locum infamiæ ſubſtituta videri poſſit. Corporalem autem ſubſtitui neceſſe eſt, ut Reip. ſatisfiat. *d. l.* 13. §. *pen.* vid. Sech. ad *l.* 3. & 4. *C. hoc tit. n.* 7.

(*t*) Finge tutorem ſuſpectum poſtulatum, & nominatim ob dolum, ſententia Judicis remotum, ſed non expreſſa cauſa remotionis, placet hunc integra fama tutela abire. *l.* 4. *de ſuſp. tut.* & culpam hic potius accipi, ob quam etiam removeri poteſt. *l.* 3. §. *fin. d. tit.* quam datum, per *l. Arrianus. de obl. & act.* Eadem plane ratio eſt act. pro ſoc. mand. tutelæ. Depoſiti autem damnatus ſemper infamis; quia nemo depoſiti damnari poteſt, niſi ob dolum. *l.* 1. §. *ult. depoſ.* Idem eſt in crimin. ſi pœna non arguat Judicem crimen famoſum notaſſe, ut ſi quis ob cauſam falſi ad tempus ordine motus. *l.* 3. §. 1. *de decur.*

(*u*) *l. ordine*, 15. *ad munic.* ut ſi quis ad tempus relegatus ſit. *d. l.* 3. *in pr. de decur.*

(*x*) Septem refert VVeſemb. *par. hoc tit. n.* 9. ſed ad hoſce tres commode revocari poſſunt.

(*y*) *l.* 1. *C. de ſent. & inter.* junct. *l.* 6. §. 2. *ff. hoc tit.* add. Gail. 2. *obſ.* 102.

(*z*) In actionibus famoſis; quæ ex contractu. In his enim cauſis non tam turpis eſt pactio. *l.* 7. *hoc tit.*

(*a*) Hæc cautio traditur in *l. ſi reus*, 73. *de procur.* quæ & in delictis locum habet Gail. 2. *obſ.* 103.

obligatione liberetur, arbitrio tamen Judicis res committitur, cujus officio convenit, si comperiatur, integrum debitum oblatum esse, reum (*b*) absolvere; sive denique post sententiam (*c*) appellatione interposita, eaque adhuc pendente, iisdem cautionibus utatur. Tertio idem consequitur beneficio Judicis poenam infamiæ iis, quibus diximus, modis remittentis.

Tertium genus est earum causarum, ex quibus non damnati solum, sed etiam pacti notantur. Ad hoc genus non pertinent ullæ actiones ex (*d*) contractibus proficiscentes, sed solum crimina, ac ne hæc quidem omnia, sed ea tantum, quæ sanguinis poenam non ingerunt, quasi de his, qui paciscitur (*e*) confiteri crimen videatur. De capitali autem crimine transigere, vel pacisci, & sanguinem suum qualiterque redimere sine metu infamiæ (*f*) licet. Ceterum pactum accipere debemus non quemvis, sed eum, qui sine jussu Judicis pretio quantocumque adversario numerato hoc egit, ut ab accusatione discederet; jussu Prætoris, aut sine pretio paciscentem, jurantemve se non deliquisse, placet excusari: (*g*) Infamia semel irrogata non aboletur, nisi aut Princeps damnatum in integrum restituerit, aut Prætor ex officio jurisdictionis suæ (*h*) subvenerit. Sola autem indulgentia Principis delicti quidem veniam facit, sed infamiam criminis non (*i*) tollit. Effecta infamiæ initio hujus capitis notavimus.

CAPUT XXI.

De Procuratoribus. Quibus in causis, & qui Procuratores, defensoresve dari possunt.

QUæstionem de infamibus locus de postulando, & Advocatis ad se traxit. Advocatis finitimi sunt Procuratores, quibus & ipsis in negotiis forensibus utimur, quorumque opera, & usus sæpe etiam perquam necessarius, ut qui rebus suis superesse vel nolunt, vel non possunt, vel non satis commode possunt, aut honeste, per alios possint vel agere, vel (*k*) conveniri. Procurator in usu juris dicitur is, qui aliena negotia mandatu domini (*l*) administrat: nec is tantum, qui administrat forensia, & judicialia, sed etiam qui alia quævis extra judicium, quales sunt hodie receptores nostri. Sed de hoc genere nunc non quærimus; illi soli ad propositam tractationem pertinent, quod alienam litem procurant, Procuratores ad lites vulgo appellantur. Quo nomine nos docendi causa intelligi volumus omnes, qui alieno nomine agunt, vel excipiunt, sive mandatu domini id faciant, sive necessitate muneris coacti, ut Tutores, Curatores, Syndici; sive suamet (*m*) voluntate. Qui autem ad defendendum alium accedit, specialiter (*n*) defensor dicitur; qui alieno nomine agit, Procurator, nomine generis ad speciem oppositam contracto. Ut autem ratione, & via procedamus, quatuor hujus quæstionis partes statuimus. Prima adversarium pertinet, in qua quæritur, possitne invito adversario Procurator constitui, aut defensor

(*b*) *d. l. si reus in fin. junct. §. ult. Inst. de perp. & temp. act.* atque ita servari tradit VVesemb. *par.* C. *hoc tit. num.* 9. licet ipse probet distinctionem Socini, quam ibidem refert; cujus tamen una pars aperte implicat contradictionem.

(*c*) Unde pulchram cautionem hic tradit Baro, ut famoso judicio damnatus semper appellet, & appellatione oblata, deinde per alium curet transigi cum adversario, ut judicii instrumenta sinant perpetuo cum tineis rixari.

(*d*) *d. l. 7. hoc tit.* ubi ratio, cujus rationis rationem hanc reddit Ant. Fab. *ibidem.* quod qui paciscitur de contractu, fatetur quidem se contraxisse; at non violasse fidem, nisi forte per consequentiam, secus in criminibus. *l. 4. in fin. & l. 5. eod.*

(*e*) *l. 1. d. l. 4. in fin. & l. seq. eod.* ubi quæ ratio redditur, generalis est ad omnia hujusmodi crimina pertinens. fac. *l. 5. l. 29. de jur. fisc. l. ult. de prævar.*

(*f*) *l. 1. de bon. eor. qui ant. sent. l. transigere*, 18. C. *de transact.* ubi Con. Ant. Del Rio *n. 35. & seq.* add. Conan. 4. *com.* 5. *n.* 2. Mynf. 6. *obs.* 22. Gail. 1 *de pac. pub.* 11. *n.* 21.

(*g*) *d. l. 6. §. 3. l. 18.* C. *hoc tit. d. l. 5. de jur. fisc.* Jussus autem Judicis juste excusat. *l. non videtur*, 167. §. 1. *de reg. jur.* VVesemb. *par. n.* 5. optime Freher. *c.* 8. *n.* 23. *& seq.*

(*h*) *l. 1. §. 9. & seq. de postul. l. 1.* C. *de sent. pass.* VVesemb. in *par. hoc tit. n.* 8. quamdam etiam infamiam temporariam statuit, quod & innuit *l. 3.* C. *hoc tit. item l. 1.* C. *de his, qui in exil. dat. lib.* 10. puta si ex delicto, cujus poena arbitraria est, nominatim infamiam Judex imponat una cum correctione temporali, nam hujus poenæ tempore elapso, una extinguitur infamia, ne accessorium diutius duret, quam principale: ita VVesemb. *dict. loc.*

(*i*) *l. ult.* C. *de gen. abol. l. 7.* C. *de sent. pass.* nec est contraria *l. ult. §. ult.* C. *d. tit.* vid. Pac. 2. *qu.* 17. conf. Gail. 2. *de pac. pub.* 19. Freher. *c. ult. n.* 13. *& seqq.*

(*k*) *Inst. de his, per quos ag. poss. l. 1. §. 2. hoc tit.* Apud nos privati causam suam agere in foro non possunt, neque per se, neque per Procuratorem in judicio, nisi selectis quibusdam Procuratoribus forensibus negotium mandent. Excipe causas, quæ Procuratorem non admittunt, de quibus postea.

(*l*) Extat definitio in *d. l. 1. hoc tit.* quam bene explicat Duar. *c. 1 eod.* eamque etiam convenire Procuratori in rem suam existimat VVesemb *par. eod. n.* 3. Quamquam nomine Procuratoris hunc non venire in statutis vult Trentacinq. 2. *pract. res. de proc. n.* 2.

(*m*) Ad hos enim omnes edictum Prætoris, licet de Procuratoribus inscriptum, pertinet *l. servum*, 35. §. 3. *h. t.*

(*n*) *In rubr. de procur. & defens.* etiamsi mandatum habeant. *l. 10. jud. solv. l. 12.* C. *hoc tit.* quamvis specialissime defensor eum denotat, qui sine mandato absentem defendit, præsertim cum Procuratori opponitur. Vid. Elb. Leon. 1. *emend.* 15. 2.

fensor intervenire. Secunda ad Procuratorem, an ne cogatur procurationem delatam suscipere, sin minus, an non saltem in suscepta perseverare debeat, atque ad finem litem persequi. Tertia ad dominum, possitne is Procuratorem a se datum, præsertim jam litis contestatione dominum effectum, pro arbitrio mutare. Quarta ad utrumque spectat, in qua quæritur, si Procurator vincat, aut succumbat, quatenus id factum utrique aut prosit, aut noceat. Primum utilitatis publicæ causa contra summi (*o*) juris rationem, quia nemo cum alio præsertim cum quo nihil contraxit, gerere quidquam invitus cogitur, receptum est, ut liceat etiam invito adversario Procuratorem & ad agendum, & ad actiones excipiendas (*p*) dare; verum hactenus tamen, quoad ejus sine fraude Reipub. & manifesto adversarii incommodo fiat. Ac proinde quinque hic observanda, quibus tamquam finibus quibusdam hæc dandi Procuratoris potestas determinata est; causa, de qua agitur; persona Procuratoris; mandatum domini, aut mandati loco cautiones; item numerus Procuratorum.

Causa aut civilis est, aut criminalis. In civili causa, aut pecuniaria, si modo de privato cujusque damno, aut commodo agatur, Procurator utrinque recte (*q*) intervenit. Una causa excepta est, interdictum, seu actio in factum de liberis (*r*) exhibendis, quæ per Procuratorem agi non potest, nisi (*s*) causa cognita. In ceteris hujus generis hæc cautio, nisi præsentia domini necessaria sit, puta si de jurejurando a Litigatore præstando agatur, aut aliter res haud facile (*t*) expediri possit. Causæ criminales, sive publici judicii sint, sive privati, sive capitales, sive non capitales, Procuratorem a parte actoris intervenire penitus non sinunt (*u*); idque non tantum ratione causæ, quæ idcirco Procuratorem non admittit, quia in his qui agit, in crimen (*x*) subscribere debet, pœnamque talionis ob calumniam subire; sed etiam conditione personæ accusatoris, quia non est dominus litis, ut qui non de re privata agat, sed vindictam criminis persequatur, rem ad (*y*) publicum exemplum pertinentem. Solitis viris illustribus concessum, unum injuriarum crimen per Procuratorem (*z*) persequi. De reo major quæstio; atque, ut ego arbitror, digna, quæ non in transitu tractaretur, si id ratio pateretur instituti operis. Dicam ergo breviter, & distincte quid (*a*) sentiam. Primum referre existimo, utrum causa criminalis privati judicii sit, an publici; deinde etiam sitne præsens reus, an absens, cujus copia haberi nequeat. In crimine privati judicii, si pœnam tantum pecuniariam continet, quamvis ignominia (*b*) sequatur, defensor etiam a præsente reo admittitur. Sin autem causa sit non pecuniaria, sed capitalis (publici judicii sit, an privati hic non refert) per Procuratorem præsentis, aut cujus copia haberi potest, excipere nullo modo (*c*) licet. Sed etsi causa non sit quidem pecuniaria, sed ea, ex qua (*d*) levior pœna capitalis est, adhuc dicendo est, non licere per alium a præsente

(*o*) Nec ullos Procuratores fuisse jure 12. Tabul. probat Hotom. in *pr. Inst. per quos ag.* ex loco Agellii 20. *noct. Att.* 1.

(*p*) Propterea quod non minimam incommoditatem habebat, quod alieno nomine neque agere, neque excipere actionem licebat. *d. pr. Inst. per quos ag.*

(*q*) *l.* 26. *alias ult.* C. *hoc tit.* nec interest ea causa privata sit, an popularis. *l.* 42. *in pr. ff. eod.* Ceterum si de privato actoris damno non agatur, quales sunt populares actiones, de quibus in *l.* 5. §. *hæc autem*, & §. *ult. de his, qui dej. vel effud.* in his placet actorem Procuratorem dare non posse quia dominus non est. *l. pen.* §. 1. *de pop. act.* reum posse, cujus causa semper propria. *l.* 5. *d. tit. d. l.* 42. *in pr.* ubi Ant. Fab.

(*r*) Vel ducendis *l. Pompon.* 40. *ff. hoc tit.* Quod autem quidem ex hoc loco colligunt, in petitione arresti requiri speciale mandatum, id non admittit Peck. *de jur. sist. c.* 3. *n.* 4. nisi forte debitor ea dignitate præditus, ut ipse creditor præsumatur eum non arrestaturus. *arg. l. non solum*, 39. §. *fin. hoc tit.*

(*s*) Idest, nisi nominatim Procuratori mandatum sit, & pater valetudine, vel alia justa causa impediatur. *d. l.* 40. nec enim temere ejus rei petitio, quæ libertatem civis Rom. quodammodo minuit, alii permittenda, quam patri. VVesemb. *d. loc. n.* 5. *in fin.*

(*t*) *d. l. ult.* C. *hoc tit.* Unde vulgo inferunt, in causis arduis & Procuratorem non admitti, quia criminalibus æquiparantur; sed error est: non autem respuunt Procuratorem, sed speciale mandatum requirunt.

(*u*) *l.* 1. *ne per al. ca. app. l. pen.* §. *ul. de pub. jud. l. ult.* C. *de injur. c. absens*, 18. *cap.* 3. *q.* 9. *cap. in criminibus. cap.* 5. *qu.* 3. *de accus.* add. Duar. *hoc tit c.* 6. Farinac. *qu. crim.* 96. *n.* 3.

(*x*) *l. ult.* C. *de accus. l.* 3. *ff. ad Turp. l. ult. de furt.* quæ in crimen subscriptio, & retaliatio jam abiit in desuetudinem. Covarr. 9. *pr. res.* 9. *n.* 1. ut & libertas accusationum, universumque accusandi munus publicæ personæ demandatum est, quod ad retinendam civium concordiam longe utilius esse judicat Contarenus.

(*y*) *l. locatio.* §. *quod illicite. de public.* eaque ratio adhuc manet. Erit igitur superiori regulæ locus, etiam si pœna relatione minor sit, aut pecuniaria. Duar. & Farin. *d. loc.* quamvis contraria sententia receptior, quod in his inscriptio non sit necessaria. *l. ult. de priv. del.* Menoch. *arbitr.* 80. *num.* 9. Et quia in totum necessaria non est, Procuratorem indistincte a parte admitti tradit Jul. Clar. *pract. crim.* 32. *n.* 23. Adde quod hodie accusatores personæ publicæ.

(*z*) In ceteris autem & ipsi morem Judiciorum servare debent, & per se litem sustinere. *d. l. ult.* C. *de injur. l.* 15. C. *de accus.*

(*a*) Quid hic communiter probatum, & usu forensi receptum docet Clar. *dict. loc. fere per tot.* Add. Farin. *d. q.* 99. Gail. 1. *de pac. pub.* 10. Menoch. *d.* 80.

(*b*) Hoc est, quamvis reus, si ipse judicium subiret, infamia notaretur. *d. l.* 1. *an per al. c. app.* ut exsequutio in defensorem fiat salva ejus fama. Quod si speciale aliquod genus infamiæ cum nota quadam, aut signo externo irrogandum, frustra defensor intervenit. Menoch. *d. loc.*

(*c*) *d. l.* 1. *an per al. ca. app.* ne reus se subducendo judicium reddat elusorium. Sed & ad eruendam veritatem plurimum valet rei præsentia. *l.* 10. §. *pen. de pœn.*

(*d*) Qualis est relegatio. *d. l.* 1. quam legem tamen vulg. DD. exaudiunt de pœn. relegatione gravioribus.

ſere (*e*) excipi. In uno crimine injuriarum exemptæ perſonæ (*f*) illuſtres, hac lege, ut ipſi rei convicti condemnentur, non eorum Procuratores. Ad crimen judicii publici defendendum, qualecumque id ſit, fruſtra Procurator (*g*) intervenit.

Quid ſi reus abſit? neque copia ejus haberi poſſit? ſi quidem abſens damnari nequit, puta ſi cauſa graviorem relegatione coercitionem habeat, ne ſic quidem per Procuratorem defendi (*h*) poteſt; ſed annotari debet inter reos, quaſi perſequendus, & requirendus, edictiſque adeſſe juberi, bonis ejus, quæ interim obſignantur, Fiſco vindicandis, ſi intra annum (*i*) non venerit; ſolum excuſationes abſentiæ allegari poſſunt, & ſi juſtam rationem habeant, (*k*) ſententia differtur.

Ubicumque autem abſens quis damnari poteſt, ibi etiam quemvis pro eo verba facientem, & innocentiam excuſantem audiri æquum eſt, idque & leges publicorum judiciorum (*l*) permittunt. Damnari autem abſentes poſſunt non tantum in pecuniariis pœnis, iiſque, quæ exiſtimationem tangunt, ſi ſæpius admoniti per contumaciam (*m*) deſint; verum etiam in capitalibus, cognitione inter reum, & accuſatorem, ſuſcepta, ideſt, ſi accuſatus poſtquam ſemel præſens inter reos receptus eſt abeſſe (*n*) cœperit. Quo nimirum pertinet, ni fallor, quod apud Ulpianum legitur, etiam in capitalibus defenſionem dari, & publice utile eſſe abſentes a quibuſcumque defendi (*o*).

In poteſtate dandi Procuratoris etiam perſona dati ſpectanda eſt; quidam enim Procuratores eſſe prohibentur. Eorum duo genera. Primum eorum, qui conditione perſonæ a procuratione alienæ litis arcentur ad honeſtatem, aut diſciplinam publicam, quo in genere ſunt hi (*p*) tres: ſervus, miles, femina; excepto eo, quod feminis pietatis, & officii cauſa pro parentibus agere interdum permittitur, ſi forte parentes morbus, aut ætas impediat, nec quemquam, qui agat, (*q*) habeant. Præterea & in militibus, & in feminis prohibitio ſic accipienda eſt, ſi procurationem alieno nomine, & in rem ejus, cujus nomine experiuntur, ſuſcipiant. Diverſum eſt, ſi Procuratores fiant in rem ſuam, & mandatas ſibi ex honeſta cauſa actiones ipſi exercere (*r*) velint; quod qui facit, ſuum magis negotium, quam alienum gerere (*ſ*) intelligitur. Secundum genus adverſarium reſpiciens eſt eorum, qui idcirco Procuratores eſſe prohibentur, ne adverſario fiat injuria; nam cum multa ſint, quæ ab eo, qui officio Procuratoris idonee fungi velit, adverſario præſtari oportet, atque in ſumma hæc quinque: ut ad cauſam accedat contendendi, non opprimendi adverſarii cauſa; ut judicio ſemper poſſit adeſſe; ut in ea cauſa ſit, ut judicium ſuſcipere cogatur; ut litem tractare norit; poſtremo, ut cautiones procuratorias præſtet; totidem quoque ſunt arcendi cauſæ, atque ordines eorum, qui repelli poſſunt. In primo ordine ſunt potentiores, ne qui opibus, & gratia pollent, objecti tenuiori adverſario, aut vi contra jus graſſentur, & adverſarium iniqua concertatione terreant, aut importunis intercessionibus eum opprimant (*t*). In hoc ordine & Rempublicam, & (*u*) Fiſcum collocabimus privatam procurationem contra privatum ſuſcipientes; ſed hoc intereſt, quod hic nulla pœna (*x*) conſtituta ſit;

(*e*) *d. l.* 1. *per l. ult. ff. de injur.* junct. *l. ult. ff. eod.* Fachin. 1. *contr.* 26. In publico judicio id etiam Menoch. concedit; in privato autem Procuratorem hic admittendum putat. *d. q.* 80. *n.* 132.

(*f*) *d. l. ult. C. de injur.* immo & per alium litigare coguntur. *l.* 25. C. *hoc tit.* ubi Sichard.

(*g*) *l. pen.* §. 1. *de pub. jud.* Menoch. *d. loc.* Duar. *d. c.* 6. Receptior tamen eſt contraria ſententia Farin. *d. q.* 99. *n.* 76. Fachin. 1. *cont.* 25.

(*h*) *l.* 5. *in pr. de pœn. l.* 1. *in pr. de req. reis.* per *d. l. pen.* §. 1. *in verb. fruſtra intervenit.* quæ non aliis conveniunt, quam qui abſentes damnari, aut accuſari nequeunt; defenſio enim præſupponit accuſationem. Vult. 1. *diſc.* 11.

(*i*) Vid. *tit. ff. & Cod. de req. reis. l.* 4. §. 5. *de re mil.* Cujac. 20. *obſ.* 11. Pet. Greg. 32. *ſynt.* 24. *n.* 11.

(*k*) *d. l. pen.* §. 1. Sententia, inquam, non definitiva, qua pœna delicto ſtatuatur, ſed annotationis inter reos, & quæ eam conſequi ſolet, confiſcationis bonorum, per allegata.

(*l*) Verba ſunt Ulp. in *l.* 33. §. 2. *hoc tit.* & Alexandri Imp. in *l.* 3. C. *de accuſ.* quæ certe coanguſtari non debent ad ſolam cauſarum abſentiæ allegationem. Cujac. *obſ.* 20. *c.* 20. Vult. *d. loc.*

(*m*) In quo uſque ad relegationem procedi poteſt. *d. l.* 5. *in fin. pr.* nempe incluſive, ut ibi notat Gloſſ.

(*n*) *l.* 13. C. *de adult. l.* 10. *ff. de publ. jud.* Cujac. *d. obſ. c.* 11. 20. *& ſeq.* Tum enim ex vetuſto more Rom. reum peragi potuiſſe liquet ex Cic. *pro Cluent. &* 3. *Verr.* Pet. Fab. ad *l.* 59. *de reg. jur.*

(*o*) *d. l.* 33. §. *hoc tit.* Atque hinc explicandi ſunt textus, qui ſimpliciter negat, abſentem damnari poſſe.

(*p*) *l. ſervus.* C. *de jud. l. neque,* 54. *ff. hoc tit. l.* 2. *de reg. jur. l. alienam. l. maritus. l.* 7. *l.* 9. C. *l.* 8. §. 2. *ff. hoc tit.*

(*q*) *l. fœminas,* 41. *hoc tit.* Cur id ad liberos, & maritum non liceat extendere? Excepta quoque cauſa liberalis pro perſonis neceſſariis. *leg.* 35. §. 2. *de lib. ca.* add. Gail. 1. *obſ.* 133. *n.* 9.

(*r*) *l.* 4. *l.* 3. C. *hoc tit.* Idem eſt, ſi cauſam communem agant. *l.* 8. §. 2. *ff. eod.* Honeſtam autem cauſam intellige, quæ litis redemptionem non habet. *l.* 7. *Cod. eod.* ut ſi actio donata, legata, in ſolutum data, &c.

(*ſ*) Subtilitate juris mandatæ actiones huic Procuratori alienæ ſunt; quia ex perſona mandantis exercentur, quo ſolo reſpectu etiam Procurator dicitur. *l.* 2. §. *ult. fam. erc. l.* 55. *hoc tit.* Re vera autem emolumento, & exitu dominus eſt. *l.* 25. junct. *leg.* 1. §. *in propria quand. app.*

(*t*) Vid. *tit.* C. *ne lic. pot. patr. lit. præſt.* & ibi Cujac. in *par.* Potentiorem autem non tam reſpectu divitiarum, aut exiſtimationis, quam ratione muneris publici, quod metum adverſario incutiat, dici volunt Azo in ſumma *ibid. n.* 1. & Sichard. *eodem.*

(*u*) Quamvis prætextu debiti cauſam ſuſcipiant. *l.* 3. *& tot. tit. Cod. ne fiſc. vel reſp. patroc.*

(*x*) Credo, quod ſatis fuit, hic amovere gratiæ, & potentiæ metum.

sit; cum ceteri, qui fraudem huic rei fecerint, potentiorum patrocinium advocando jactura litis (*y*) afficiantur, in Procuratores procurationem suscipientes severe (*z*) animadvertatur. Secundo ordine continentur qui perpetuo morbo laborant, quive Reipubl. causa (*a*) absfuturi sunt, item rei criminis (*b*) constituti. Tertius ordo habet Magistratus, aut Magistratum (*c*) inituros. In quarto sunt (*d*) muti, surdi, pupilli, furiosi, prodigi. Postremus ordo est minorum vigintiquinque annis, qui ab adversario rejici (*e*) possunt in iis causis, ex quibus læsi in integrum restituuntur; veluti si cautio judicatum solvi, aut de rato præstanda sit; aut item minoris, qui & ipse in integrum restitui potest, causam (*f*) suscipiant. Illud hic monendum, ea quæ de suprascriptis personis a procuratione, aut defensione arcendis diximus, cum hac moderatione accipienda esse, si initio litis rejiciantur; opposita exceptione (*g*) procuratoria; post litem contestatam nemo facile, qui civis sit, repellitur, nisi forte & ipsa natura satis arceatur (*h*).

CAPUT XXII.

Quando, cujus, & quali mandato opus ei, qui alieno nomine agere, aut excipere volet.

TErtium in potestate dandi Procuratoris considerandum est mandatum. De eo duplex quæstio: an semper, & quatenus mandato opus sit: deinde cujus id mandatum, & quale esse oporteat. Ad primum quod attinet, alia causa habita est defensoris, alia ejus, qui actionem alieno nomine movet. Etenim si causa non obstabit, aut personæ conditio, nemo defensor idcirco solum rejicitur, quod mandatum non habeat; quin potius publice utile esse existimatur (*i*) absentes defendi, ne scilicet in ea damna, & pericula indefensi incidant, quæ absentium fortunis imminent. Excepta est causa (*k*) famæ, quæ non temere cuivis sine mandato defensionem suscipienti committenda fuit, ne fortasse male agendo lædatur absentis (*l*) existimatio. Ceterum si Prætor, quamvis absente reo (*m*), cogniturus sit, defensor etiam sine mandato audiri debet. De Procuratore actoris, paucis personis, & causis exceptis, sic jus est: invito adversario neminem alieno nomine sine (*n*) mandato agere posse; quantumvis paratum ultro (*o*) cavere de rato, fatentem tamen nullum mandatum intervenisse. Sin autem de mandato controversia sit, isque, qui alieno nomine experiri cupit, affirmet se mandatum habere, placuit in re incerta eum, qui hoc dicit, etsi de mandato plene non probet, cum cautione (*p*) admittendum, rem ratam dominum habiturum, qua cautione abunde reo consulatur, inutile visum altius rem indagare. Enimvero admissus, si quo casu postea falsus Procurator inveniatur, judicium (*q*) nullum est, quasi deficiente una ex tribus iis personis, quæ ad judicii constitutionem necess-

(*y*) *l.* 1. & 2. C. *ne l:c. pot.* Non ipso jure, & mero Judicis officio, sed ad petitionem partis, cujus commodo pœna cedit, non fisci. Sich. *ad d. l.* 1. *n.* 10. & *seq.*

(*z*) Pœna arbitraria, pro varietate circumstantiarum, quæ notantur in *l. aut facta. in pr. de pœn.* Ita Azo & Sich. *d. loc. n.* 12. & *seqq.* & comm. DD. *arg. l.* 1. §. 1. *in fin. de effract.*

(*a*) Quia litem prosequi non tenerentur. *l. neque,* 54. *ff. hoc t.t.*

(*b*) Antequam purgent innocentiam suam. *l.* 6. Cod. *hoc tit.* cum metus sit ne fugiant, aut præsentes in carcerem conjiciantur, quem metum adimi oportet adversario.

(*c*) *d. l.* 54. *l. pars,* 48. *de jud.* Hi propter dignitatem, & occupationes etiam ad præcedentem ordinem redire possunt.

(*d*) *l. mutus,* 43. *in pr. hoc tit. de furioso. text. in l.* 2. §. 1. *eod.* prodigi eadem ratio.

(*e*) *l. minor,* 51. *ff. l.* 12. C. *eod.* DD. vulgo minorem vigintiquinque annis simpliciter removent. Sich. ad *dict. l.* 12. *n.* 10. Duar. *hic c.* 4. vid. *c.* 18. *sup. lit.* o.

(*f*) Ubi autem nulla minoris læsio metuitur, nec ullum periculum est fore, ut judicium reddatur elusorium, verbi causa, si pro majore defensor interveniat cum mandato, qui & pro eo satisdet jud. solvi, non videtur juste recusari posse. *arg. l.* 23. *circa fin. de min.*

(*g*) Quæ conditio est omnium exceptionum dilatoriarum. *l. pen.* & *ult.* C. *de except. l.* 40. *in fin. ff. hoc tit.* nec exceptio omissa in primo judice opponi potest in judicio appell. *l.* 13. C. *hoc tit.* & 16. Sich. *n.* 12.

(*h*) Quis enim dicat, non objecta exceptione pupillo, furioso, &c. judicium consistere.

(*i*) *l. servum,* 33. §. *publice. ff. hoc t. de procur. l.* 1. *de negot. gest. l. solvendo. eod. l.* 23. *de solut.*

(*k*) Cujus generis exemplum proponitur suspecti tutoris accusatio. *l.* 39. §. *ult. hoc tit.* Ratio autem adjecta, quia famæ causa generalis est.

(*l*) *Arg. l.* 2. *de obseq. par.* & *pat.* VVes. *par. num.* 5. & Bronch. 1. *ass.* 55. distinguunt, ut si pœna certa relegatione levior hic constituta sit, Procurator admittatur; sin arbitraria, non item; quia hæc extendi potest ad pœnam corporis; sed male, quia tum nec qui speciale mandatum habet, auditur. Vid. *cap. præc. q.* add. Menoch. *d. q.* 80. *n.* 12. & Farinac. *d. q.* 99. *n.* 41.

(*m*) *d. l.* 39. §. *ult.* eo quod edictis evocatus copiam sui non fecerit. *l.* 7. §. *ult. de susp. tut.*

(*n*) *l.* 5. §. *pen. de præs. verb.* junct. *l.* 8. §. *ult. de neg. gest.*

(*o*) *l.* 40. §. *ult. ff. l.* 1. Cod. *hoc tit.* Neque obstat, quod hac conditione admittitur defensor, nam multum interest, utrum quem judicio oppugnes, an pulsatum defendas.

(*p*) *l.* 1. Cod. *hoc tit.* ubi rem dubiam interpretor ex usu forensi, si quis alieno nomine agere vult, saltem aliquam de voluntate Domini fidem faciat, unde tamen levior præsumptio, quam ut citra cautionem admitti debeat, neque enim putaverim nudam sufficere affirmationem. VVes. *part. hoc tit. n.* 6. tradens plerosque ita sentire.

(*q*) *l. licet,* 24. C. *hoc tit.* Et ideo in quacumque parte litis exceptio falsi Procuratoris objici potest, nam regula de dilatoriis initio opponendis fallit, quando dilatoria eam vim habet, ut vitiet, & nullos reddat omnes actus judicii, cujusmodi hæc est; item incompet. Judicis, male concepti libelli, &c. quibus oppositis, & probatis, perinde habetur, ac si nulla litis contestatio facta fuisset. Sich. ad *d. l.* 24. *num.* 2. & *seqq.* Gail. 1. *obs.* 47. *n.* 2.

necessario requiruntur. Una certa causa est, quæ evidentem absentis voluntatem desiderat, idque propter periculum (*r*) æris alieni, si Procurator hæredis fideicommissarii hæredem institutum compellere velit ex S. C. hæreditatem adire. Ceterum jus illud remissum tum in personis quibusdam, tum in causis. Personæ ad agendum sine mandato admissæ (*s*) sex: parens pro parentibus; fratres pro fratribus, & sororibus; & affines pro (*t*) affinibus; (*u*) maritus pro uxore; libertus pro patrono; modo (*x*) caveant ratam rem habituros eos, pro quibus interveniunt, & ne voluntas eorum (*y*) aperte repugnet. Causæ duæ: negotium commune plurium consortium ejusdem litis, si eorum quis abesse (*z*) cœperit, dum ceteri rem ratam habiturum cavere parati sint, & si quid ab eo petatur, judicatum solvi satisdent; altera si quis cum alieno nomine in possessione esset alicujus rei, inde vi dejiciatur cui concessum etiam sine ulla cautione in interdicto unde vi alieno nomine experiri.

Ubi mandato opus sit cognovimus; cujus hic mandatum, & quale requiratur porro quærendum. Duo sunt omnino, qui actiones recte mandant; lex, & dominus litis. Lex tutoribus, & (*a*) curatoribus mandare intelligitur actiones pupillorum, & adolescentum, exigente id eorum utilitate. Dominus litis est, ad quem commodum, & incommodum litis (*b*) suo nomine pertinet, sive is privatus est, sive (*c*) universitas, ut civitates, municipia, collegia. Et collegia quidem, aliaque minora corpora ipsa sibi actorem constituere possunt, qui nomine communis arcæ, aut (*d*) agat, aut conveniatur. In civitatibus autem, cessante lege, solet ordo decurionum actores constituere, aut etiam syndicos, sicubi ex constitutione (*e*) habentur. Post litem autem contestatam dominus intelligitur is, qui litem contestatus est, quamvis initio alieno nomine agere (*f*) cœpit; ut Procuratores omnes, Tutores, Actores, Syndici; nam cum litis contestatione nova contrahatur (*g*) obligatio judicati, fit, ut & qui agit, sibi eam obligationem acquirat, & qui convenitur eadem se obstringat; in summa rei, quæ in judicium deducta est, domini fiant, & habeantur, ut jam soli negotium porro persequi possint, aut in alium litem transferre, & solum, quod in judicio fit, his agentibus, & præsentibus ratum (*h*) habeatur, atque hoc quidem efficit juris civilis (*i*) subtilitas.

Ceterum sciendum est, vi ipsa omne commodum, & incommodum litis eum semper sequi, cujus nomine agi cœptum est, finitoque judicio utilibus actionibus ad eum (*k*) redire. Mandatum tale esse debet, ut contineat (*l*) causam, de qua agitur. Id ex verbis, & mente mandatoris apparebit. Mandatum omne aut speciale, aut generale. Speciale eam tantum causam continet,

(*r*) Idest, quod Paul. ait, propter fragilitatem cautionis. *l. qui ita*, 66. §. 1. *ad Trebell.*

(*s*) *l. sed & hæ*, 35. *in pr. ff. l.* 21. *Cod. eod.* præsumitur autem hic tacitum mandatum ex coniunctione, & affectione personarum. Ceterum, si recte Sichard. ad *l.* 12. *Cod. hoc tit. num.* 14. necesse est, ut tamquam conjuncti interveniant, nam, si ut Procuratores, mandatum exigi poterit, ut hic animadverti oporteat formam comparationis.

(*t*) Proximos significari crediderim; nam in sanguine junctis ultra fratres nulla mentio, quamvis vulgo id admittunt usque ad decimum grad. quousque porrigi creditur successio. Sich. ad *l.* 12. *n.* 6.

(*u*) *l.* 21. *Cod. hoc tit.* Nempe si agat de receptitiis, nam paraphernalium legitimus est administrator. *l. ult. Cod. de pact. conv.* De re dotali autem nec procuratorio nomine agere potest, quia ipse ejus rei dominus, maxime quoad movendas actiones. *l.* 9 *Cod. de rei vind.* ita Sich. in *l.* 2. *Cod. hoc tit.* Mynf. 1. *obs.* 531. Gail. 1. *obs.* 33. *n.* 7.

(*x*) *d. l.* 40. §. *ult. l.* 33. *in pr. hoc tit.* de qua cautione plura *cap. seq.*

(*y*) *d. l.* 40. §. *ult.* Repugnare etiam tunc videtur, cum de certa re exigenda specialiter mandatum intervenit, & prædictæ personæ de alia agunt. *d. l.* 21 *C. eod.*

(*z*) Post litem ordinatam. *l. ult. C. de cons. ejusd. lit.* quæ verba de litis præparatoriis intelligit Cujac. *par. d. tit.* alii fere de lite contestata. Sichard. Covarr. 1. *var. res.* 6. *n.* 6. Pac. 2. *enar. q.* 44. §. *ut colonus, inquilinus, hospes. l.* 1. §. *si per vim, vel al. mod.*

(*a*) Qua de causa nec ab his exigitur cautio de rato. *l.* 1. §. *ult. l. vulgo*, 23. *de adm. tut.*

(*b*) *l.* 1. §. *in propria. ff. qu. app.* hunc autem maxime Procuratorem recte dare Tex. est in *l.* 24. *C. hoc tit.* Est quidem tutoribus, & curatoribus concessum, si pupillus absit, aut fari nequeat, actorem constituere, sed nonnisi suo periculo, & auctoritate Magistratus causa cognita. *l. decreto, de admin. tut.* §. *ult. Inst. de cur.*

(*c*) *Tit. ff. quod cui. univ. nom.*

(*d*) In quo omnes consentire debent. *l.* 1. §. 2. *l.* 2. *d. tit. & arg. c. quod omnes, de reg. jur. in* 6.

(*e*) *l.* 3. *d. tit.* Hoc ideo, quia difficile & in re, quæ singulos principaliter non tangit, non necessarium universos convocare.

(*f*) *l.* 11. *l.* 22. *& seq. C. hoc tit. l.* 11. *de dol. exc.* Sed etsi post lit. contest. datus, æque tamen dominus litis fieri affirmat Sichard. *l.* 20. *Cod. eod.* quod tum demum admittit Bapt. Afin. *prax. jud.* §. 2. *c.* 13. *num.* 28. si ei dominus simul instantiam cesserit. Quid si causa litis contestationem non requirat? vid. Trentacinq. *pr. res. Cod. hoc tit.*

(*g*) *l.* 3. §. *idem scribit, de pecul.* & præcedens obligatio jure novationis perimatur. *l. ult. Cod. de us. rei jud.*

(*h*) *l.* 22. *C. hoc tit. l. un. C. de satisd. l.* 1. *C. de sent. & int.* Post litem igitur contest. ad actus judicii reliquos solus citandus Procurator, non etiam principalis. Sich. in *d. l.* 22. *n.* 71.

(*i*) Quam subtilitatem in plerisque negligunt Canonistæ, ut not. Sichard. in *d. l.* 1. *C. de sent. & int. n.* 6. & in Camera *d. l.* 1. non servari testatur Gail. 2. *obs.* 102. *num.* 9. Mynf. 6. *obs.* 11. nec hodierni Procuratores ullo tempore veri litis domini fiunt, sed nudi semper administri, & Vicarii manent; unde nec ipsi condemnantur, sed domini.

(*k*) Qua ratione etiam pendente lite Procurator mutari potest; quamvis nonnisi ex causa. Vid. *c.* 26. *infr.*

(*l*) Instrumentum procuratorium continere debet nomen constituentis, & constituti; item contra quem, in qua causa, coram quo Judice, ad quos actus Procurator eligatur. VVesemb. *par. n.* 7. Merul. *lib.* 4. *dist.* 3. *tit.* 13. *c.* 2. Sed de causa tantum aliquid monere voluimus, quia cetera omnium procurationum communia.

tinet, quæ verbis (*m*) expressa est, ceteras removet; sed tamen ex sententia mandantis excipimus eas, sine quibus mandata actio exerceri non potest; veluti si ad rem mobilem vindicandam datum sit, ad exhibendum recta (*n*) agetur. Generale mandatum verbis omnem administrationem (*o*) continet; sed ex sententia quædam causæ, & personæ excipiuntur, in quibus mandatum speciale desideratur; cujusmodi causæ sunt: interdictum de liberis exhibendis, omnis causa famæ, & restitutio in (*p*) integrum. In personis mandato generali duobus procuratoribus omnium negotiorum constitutus non continetur, qui ex his debitor est mandatoris (*q*).

CAPUT XXIII.

Quæ præstationes a Procuratore, & Defensore alienæ litis exigantur; & de vi harum præstationum.

ENimvero neque mandatum domini, neque defensionis æquitas sine mandato admissæ id præstant Procuratori, aut Defensori, ut ne adversarius, de indemnitate sua folicitus, exigere ab his possit cautiones aliquas sibi eo nomine præstari. Sed quo lis sine injuria procederet, usu adversarii exigente, utrique præstationes quædam injunctæ sunt. Procuratori incumbunt duæ: ut eum, cujus nomine actionem sibi dari postulabit, boni viri arbitratu defendat; item ut satisdet, eum, ad quem ea res pertinet, ratam rem (*r*) habiturum. Quæ qualia sint, quando præstanda, præstita quam vim habeant, videamus. Defendere est eamdem vicem subire, quam dominus cogeretur, si quid vice mutua ab eo reus (*s*) peteret. In boni viri arbitratu tria hæc insunt: ut caveat, dolum malum abesse; ut defendat cum effectu, ut harum rerum nomine idonee caveat, datis fidejussoribus, judicatum (*t*) solvi. Vice versa idem arbitratus duo hæc præstat Procuratori: ut domini exceptionibus omnibus ei uti (*u*) liceat; tum ut apud eumdem Judicem, si quid vicissim petatur, debeat (*x*) conveniri. Præstare hanc cautionem debet quicumque alieno nomine actionem sibi dare postulat, aut ea, quæ instar actionis obtinent, cujusmodi sunt præjudicia, interdicta, (*y*) stipulationes prætoriæ. In hoc autem numero sunt non tantum Procurator, qui proprie ita dicitur, sed etiam Tutor, Curator, Actor, (*z*) Syndicus, quamvis Tutores, & Curatores satisdatione non onerentur. Sed etsi quis in rem suam Procurator interveniat, adhuc dicendum est, eum defendere debere, etsi exitu inspecto commodum actionis ad agentem redeat, ne in potestate sit domini, alio actore substituto, facultatem sui mutuo conveniendi reo (*a*) adimere. Utique tamen, si ex necessitate in rem suam intervenerit, idest, si in periculum veniret rei suæ amittendæ, nisi actiones sibi mandatas acciperet, necessitas debet esse (*b*) excusata. Plane qui utilibus actionibus, & suo nomine (*c*) experitur, ad hoc edictum non (*d*) pertinet. Reliqui vero omnes in tantum coguntur defensionem suscipere, ut nec præcedens cautio non defendentes eximat a pœna omnibus non defendentibus constituta, quæ est actio-

---

(*m*) Ut si, ex. gr., alicui mandatum sit de mutua pecunia a Titio exigenda. Tale enim mandatum non tantum alias causas non continet, sed etiam removet. *l.* 21. Cod. *hoc tit.* Potest autem specialis Procurator dupliciter constitui: primo ad unam quidem causam, sed totam; secundo ad unius causæ actum unum, vel plures, sed non omnes. *l.* 2. §. 1. C. *de his, qui ven. æt. l.* 4. C. *mand.* Sed hodie non solet dari nisi ad totam litem. Gail. 1. *obser.* 51. *n.* 11. Mynf. 1. *obs.* 46.

(*n*) Et generaliter constitutus ad prosequendum judicium petitorium, videtur etiam constitutus ad exercenda præparatoria, & possessoria. *l. ad rem*, 56. *l. ad legatum*, 62. §. *hoc tit.* VVes. *par. n.* 9.

(*o*) Solent autem præcipui actus exprimi. VVes. *d. loc. n.* 7. Merul. *d. loc. c.* 3.

(*p*) *l.* 39. §. *ult. l.* 40. *in pr. hoc tit. l.* 25. §. *ult. de min.* Sunt & aliæ causæ similes, de quibus Merul. *d. loc. c.* 4. VVesemb. *ibid.* Ceterum quibusdam harum expressis subjecta clausula generalis ad non expressas extenditur. *c.* 4. *hoc tit. in* 6.

(*q*) *l. qui propria*, 46. & *du. ll. seq. hoc tit.*

(*r*) Comprehensa hæc duo nominatim edicto Prætoris, cujus fragmentum extat in *l.* 33. §. 3. *hoc tit. de proc.* Æquitas in eo, ne per Procuratorem conditio adversarii deterior fiat, quam futura esset, si dominus ipse experiretur.

(*s*) *l. sed & hæ*, 35. §. *defendere. l.* 39. *in pr. l.* 51. §. 1. *hoc tit.*

(*t*) In quo durior conditio Procuratoris, quam domini. *d. l.* 35. §. *defendere.* junct. *l.* 1. & *l.* 7. *de præt. stip.*

(*u*) Etiam personalibus, exemplum in *dict. l.* 51. §. 1. *l.* 13. & *seq. solut. matrim.* in quo defensoris conditio melior, quam hæredis, aut fidejussoris. *l.* 12. *sol. matrim. l.* 7. §. 1. *de except.* Add. Ant. Fab. in *d. l.* 51. §. 1.

(*x*) *d. l.* 35. §. 2. nam & domino agente idem fieret, si mutuo conveniretur. *l. qui non cogitur, de jud.* Vid. *sup. c.* 11.

(*y*) *d. l.* 35. §. 1. *l.* 40. §. 1. *hoc tit.* Etiam actiones, quæ in hæredem non dantur. *l.* 37. *eod.* item interrogationes. *l.* 39. *in pr. eod.* quippe quæ actionum præparatoriæ sunt, & inde novæ nascuntur actiones, quæ dicuntur interrogatoriæ. Ant. Fab. in *d. l.* 39.

(*z*) *l.* 6. §. 3. *quod cujusq. univ. l. ult.* §. 3. *Cod. de adm. tut.*

(*a*) *l.* 33. §. *ult. hoc tit.* In ceteris autem causis omnibus hic Procurator pro domino litis habetur; quia id fit sine adversarii injuria.

(*b*) *d. l.* 33. §. *ult.* ne quod nolit, & ei noceat, cogatur suscipere; neque hoc novum est. *l.* 7. §. 1. *qui satisd. cog.*

(*c*) Nam Procurator in rem suam factus, cui actio empta, donata, legata est, præter directas actiones etiam utiles habet, easque ex persona sua, & suo nomine. *l.* 55. *hoc tit. l.* 18. C. *de legat. l.* 5. *l.* 8. Cod. *de hær. vel act. vend.*

(*d*) Proinde nec defendere cogitur, idque omnes fateri, tametsi lucrativam causam habeat, tradit Ant. Fab. 11. *conj.* 10. solo Castrens. excepto.

actionis (*e*) denegatio. Novissime sciendum est omnem hanc defensionem in exordio litis a reo postulandam esse, post coeptum autem judicium frustra postulari (*f*).

Altera præstatio, quæ a Procuratore exigitur, est cautio ratihabitionis, quæ hoc continet, ut is ei, quo nomine agit, id ratum habiturum eum, ad quem ea res pertinet, boni viri arbitratu (*g*) satisdet, idest, ubi ea cautio reo necessaria est. Toties autem necessaria est, quoties periculum est, ne dominus iterum (*h*) agat. Metuitur id periculum duobus modis: si constet Procuratori nihil mandatum esse; finge id eum ultro fateri; si mandatum incertum sit, ut Procurator quidem dicat sibi mandatum esse, sed reo desiderante non probet. Prius ad hunc locum non pertinet, cum is, qui fatetur, se mandatum non habere, ne cum satisdatione quidem admittatur, nisi admodum (*i*) raro. Tunc solum exigitur hæc cautio, quando mandatum (*k*) incertum est, seu cum dubitatur de persona ejus, qui alieno nomine agit, sit ne vere Procurator, Tutor, Actor, Syndicus, quæ incertitudo tantum est in posteriore. Quoties vero aut instrumentis, actisve publicis, aut quo alio genere probationis de mandato aperte constare potest, toties Procurator satisdatione relevatur, sicut & ceteri, quos tales esse non (*l*) ambigitur. Unus exceptus est Actor a Tutore, aut Curatore decreto Prætoris datus, qui quod a domino non constituitur, omnimodo cavere (*m*) debet. Non caventis eadem pœna, quæ non (*n*) defendentis. Necessitas quoque exigendæ cautionis ejusdem temporis, cujus & exigendæ defensionis, videlicet ut exigatur ante litem contestatam, quo tempore exceptiones omnes dilatorias, quales sunt procuratoriæ, opponendas esse constat (*o*).

A defensore item duæ satisdationes exiguntur: judicatum solvi semper, rem ratam haberi aliquando. Judicatum solvi omnes defensores alienæ litis (*p*) satisdare debent, neque ullum ab hoc onere (*q*) excusari placet, præter Tutorem, & (*r*) Curatorem. Hæc quoque satisdatio ejusdem (*s*) temporis, cujus & superiores, ejusdemque pœnæ, denegatio defensionis. Ratam autem rem dominum habiturum defensor nunquam cavet, nisi ubi lege agi, seu exequutio adversus defensorem fieri non potest, quod tunc accidit, cum aut de fama absentis, aut de libertate ejus agitur, vel de re, quam ille pro suo possedit, actione in rem, aut integrum (*t*) restitutione; in quibus omnibus cautio illa de rato veluti pars quædam est cautionis judicatum solvi.

Nunc de vi utriusque cautionis, seu quæ eam continet, stipulationis dicamus. Triplex hic quæstio: Quomodo recte fiant; factæ quando committantur; commissarum quis effectus. Judicatum solvi stipulatio sic recte fit: si aut actor dominus stipuletur, aut vice ejus verus Procurator, aut is Tutor, Curatorve, cujus earum rerum, de quibus agitur, (*u*) administratio est. Contractæ hæc vis, ut inde alieno nomine agentes actionem sibi directam, domino utilem

(*e*) *l. mutus.* §. *pen. ff. l. actionem.* C. *hoc tit.* junct. *l.* 35. §. *ult. ff. eod.*

(*f*) *l. un.* C. *de satisd.* Est enim hæc postulatio exceptio quædam procuratoria; proinde in lite contestanda omissa repeti nequit. *l. pen. & ult.* C. *de except.*

(g) Verba sunt edicti. *d. l.* 33. §. 3. Is, quo nomine agitur, est is, qui in causa est, cur agatur; is, ad quem ea res pertinet, est dominus litis. *l. non solum,* 39. §. *quæritur. hoc tit.*

(*h*) *pr. Inst. de satisd.* ubi autem nullum tale periculum, non debet superflua cautione onerari. *l.* 14. §. 1. *ut leg. no. cav.*

(*i*) Quædam enim personæ excipiuntur, de quibus dictum *cap. superiore.*

(*k*) *l.* 1. C. *hoc tit. l.* 6. §. 3. *quod cujusv. univ.* incertum autem præcedenti *cap.* interpretatus sum, non si nihil probatum, alioqui cuilibet liberum esset, cautione oblata, negotium alicui facessere; sed si aliqua saltem fides de voluntate domini fiat, puta prolato mandato aliqua parte mutilo, aut non perfecto, aut producto uno teste. *arg. l.* 32. *de jurejur.* VVesemb. *par. hoc tit. n.* 6. Diss. tamen gloss. in *l.* 39. §. 1. *hoc tit.* ex sola affirmatione, & negatione etiam hic rem dubiam definiens.

(*l*) §. 3. *Inst. de satisd. l. si Procuratorem,* 65. *ff. h. t.* An per testes justa probatio mandati fiat, quæritur, negat Castr. in *l.* 1. C. *h. t.* sed contraria opinio receptior. Sich. in *d. l.* 1. *in fin.* VVes. *par. eod. n.* 7. Apud nos non aliud mandatum recipitur, quam quod aut actis insinuatum, aut scriptis comprehensum, prout cavetur *art.* 53. *Inst. Cur. Holl.*

(*m*) *l.* 9. *rat. rem hab.* quia periculum est, ne pupillus, aut adolescens, qui domini sunt, quandoque de eadem re iterum agant.

(*n*) Nempe actionis denegatio. Quod quidem aperte proditum non est; sed conceptio edicti de his præstationibus id evidenter declarat. *d. l.* 33. §. 3.

(*o*) *l.* 40. §. *ult. hoc tit.* junct. *l. pen. & ult. Cod. de except.* Ex ordinatione Camer. Imp. cautio de rato recipitur usque ad litem contestatam. Quod si postea mandatum non probent, in expensas litis condemnantur. Mynf. 5. *obs.* 49.

(*p*) *l. un. in fin.* C. *de satisd.* §. 1. & 5. *ult. Instit. eod. l. qui proprio,* 46. §. 1. *ff. hoc tit.* utique si litis defensores existant; secus est, si causas absentiæ allegent. Vid. tamen Sich. in *l.* 12. *n.* 3. C. *hoc tit.* Apud nos defensor idoneum mandatum exhibens non tenetur hanc cautionem præstare.

(*q*) Quamvis mandatum habeant. *d. l. un.* nisi dominus ipse satisdet. §. 4. *Instit. de satisd.* ac ne dignitas quidem, aut facultates excusant. *l.* 51. §. 1. & *du. ll. seq. hoc t. l. qui rem,* 166. *de reg. jur.*

(*r*) *l. ult.* §. 3. C. *de admin. tut.* eo quod hi in omni administratione pro dominis habentur. *l. tutor,* 27. *ff. de adm. tut.*

(*s*) Nimirum, ut in exordio litis exigatur. *d. l. un. in fin.* C. *de satisd.*

(*t*) Vide *l.* 39. §. *si status,* & *seqq. l.* 40. §. 2. *l. qui absentem,* 75. *hoc tit.* add. Ant. Fab. ad *l.* 39. §. *ult.* & *d. l.* 40. §. 2.

(*u*) *l.* 3. §. 1. & *seqq. jud. sol.* Procuratorem autem verum accipimus, cui aut specialiter actio mandata, aut generaliter commissa administratio, aut cujus actionem institutam postea dominus ratam habuit. Tutorem autem non solum verum, sed etiam eum, cui agendi facultas, excluso honorario. *d. l.* 3. §. 2. & 5.

em (*x*) acquirant, Quando committatur, ſumendum ex clauſulis, quas (*y*) continet: de re judicata; de re defendenda; de dolo malo abfuturo. Ex prima clauſula tunc committitur, cum res rite judicata eſt. Rite autem rem judicatam dicemus, ſi judicatum erit ab eo judice, ad quem ſtipulator ab initio ſtipulatus (*z*) eſt; ſi de ea actione, quæ (*a*) inſtituta eſt; ſi adverſus eum defenſorem, qui in eadem cauſa poſt interpoſitam ſtipulationem (*b*) manſerit. Re ita judicata, ſtatim committitur hæc ſtipulatio in certam quantitatem, ſive eam ſummam, quæ ſententia Judicis comprehenſa eſt; ut tamen exactio differatur in id tempus, quod humanitatis cauſa judicatis (*c*) indulgetur. Ex ſecunda clauſula committitur eadem ſtipulatio, ſi res non defendatur, & committitur in id, quod ſtipulantis intereſt, ſtatim, & ſine (*d*) exceptione. Ceterum, ſi res aut judicio defendi debere (*e*) deſierit, aut ſi recte, & idonee defenſa ſit, clauſula evaneſcit. Recte autem defendi intelligitur, cum defenditur a quo oportet; cum defenditur in ſolidum; cum loco idoneo; cum eo tempore, quo ob rem non defenſam nondum (*f*) actum eſt. Tertia, & noviſſima clauſula tunc committitur, cum dolus a defenſore, vel (*g*) hæredibus ejus adhibitus eſt, atque ex hac quoque parte, ſi pœna promiſſa non eſt, committitur in id, quod agentis (*h*) intereſt. Dolus autem bifariam admittitur: ſi dolo fiat, quominus lis ad exitum perducatur; item ſi ut res perperam (*i*) judicetur.

Porro ſi unus eſt defenſor, non poteſt hæc ſtipulatio committi niſi ex una clauſula; ſin plures, poteſt ex (*k*) diverſis. Stipulatio rem ratam haberi, quam in dubio mandato, ſicut diximus, præſtat Procurator actoris, ſic recte contrahetur, ſi ſtipuletur aut reus ipſe, cum quo agitur, aut (*l*) tutor, curatorve. Contracta impletur, cum dominus aut verbis, aut re ipſa, & factis comprobat, quod (*m*) actum eſt. Committitur tribus modis: petitione ejuſdem rei ab eodem (*n*) reo; acceptione pecuniæ a reo (*o*) ſolutæ; lapſu temporis, cum ratum haberi amplius non (*p*) poteſt. Commiſſa eumdem effectum habet, quem reliquæ faciendi obligationes; ut committatur in id, quod ſtipulantis intereſt, cui jam hoc conſequens, ut etiam ſæpius committatur, & ſæpius ex ea agi poſſit (*q*).

CAPUT XXIV.

Plures Procuratores in unam litem ab eadem perſona dari non poſſe.

POſtremo in poteſtate dandi Procuratoris etiam de numero datorum quærendum erat, poſſintne ſcilicet plures in una cauſa dari. Et de eo certa hæc juris definitio eſt: nunquam unius litis, quæ ſit unius perſonæ, plures Procuratores dari poſſe, vel ab actore ad agendum, vel a reo ad (*r*) defendendum,

(*x*) In qua etiam illis præfertur. *l.* 28. *l. quod. Procurator*, 68. *hoc tit. l.* 4. §. *pen. de conſt. pec. l.* 5. *de præt. ſtip.* Sed & Procurator agens exceptione repelli poteſt. *d. l.* 28. ſcilicet doli; utpote cui ſolutio facta debitorem non liberat. *l.* 16. *in pr. de pact.* Ant. Fab. in *d. l.* 28.

(*y*) *l.* 6. *jud. ſol.* una tamen ſtipulatio eſt, ſicut & paſſium vocatur. *d. l.* 6. *l.* 5. §. 2. *l.* 13. *in pr. l. ult. eod.* unde nec niſi ſemel committitur. *d. l.* 5. §. 2.

(*z*) In quem reus, & fidejuſſores conſenſerunt. *l.* 3. *jud. ſolv. non ab Judice*, 64. §. 1. *de jud.* Hinc vulgaris theorica: mutatio Judicis liberat fidejuſſores. Cæſar Urſill. *annotat. ad Afflict. deciſ.* 281. *n.* 4. Quid ſi provocatum fuerit? adhuc idem dicendum. l. *pen. jud. ſolv.* §. 4. *in fin. Inſt. de ſatiſd.* Fachin. 8. *cont.* 57. Quod etſi forte uſus negligit, expedit tamen fidejuſſionem extendere in omni inſtantia ad vitandas cavillationes, ut monet Theſaur. *deciſ.* 202. *n.* 13.

(*a*) Nam ſi quis quaſi in rem acturus ſtipulatus ſit judicatum ſolvi, deinde in perſonam agat, non committetur ſtipulatio. *d. l.* 13. §. *ult.* ubi ratio.

(*b*) *l.* 7. *jud. ſol.* ubi & illud declaratur, quibus modis defenſor ante judicium acceptum in eadem cauſa eſſe deſinat.

(*c*) *l.* 4. *d. tit.* & committitur adverſus Procuratorem, & fidejuſſores; in dominum autem ex ſtipulatu actio non datur. *l.* 28. *hoc tit.*

(*d*) Si tamen cum fidejuſſore agitur, placet creditorem cavere debere, ſe dominum priore judicio abſoluturum. *l.* 14. §. 1. *jud. ſolv.* Intereſſe autem hactenus recte dicemus, quatenus ſtipulatori debetur, aut actione ob rem non defenſam amiſſa debitum fuit.

(*e*) *l.* 2. *l.* 15. *d. tit.* Id autem accidit lite mortua. *d. l.* 2. ideſt, quocumque modo finita, puta ſolutione, tranſactione, confuſione. *l.* 13. *in fin. pr. l.* 8. *eod.* Item ſi res perierit citra moram; non autem ſi poſt litem conteſtatam. *l.* 11. *eod.*

(*f*) De quibus in *l.* 5. *per tot. fere. l.* 3. §. *pen. & ult. l. ex clauſula*, 17. *l.* 13. *in pr. verſ. proinde. eod.*

(*g*) *l.* 19. *eod.* Extranei autem hac clauſula non continentur, niſi adiectum ſit: Si huic rei dolus malus non aberit, &c. *d. l.* 19. §. 1.

(*h*) *l.* 19. *rem rat. hab.* idque evenit in omnibus faciendi obligationibus. *l. ſtipulationes*, 72. *de verb. obl.*

(*i*) Puta ſubornatis teſtibus, aut prolatis falſis inſtrumentis, aut Judice corrupto.

(*k*) *d. l.* 5. §. 2. *l. ult.* junct. *l.* 13. *in pr. jud. ſolv.*

(*l*) *Argum. leg.* 5. §. *pen. de conſt. pec.* Non autem ſi Procurator rei ſtipuletur; quia hæc actio in perſona Procuratoris conſiſtere non poteſt; utilis autem actio domino quæri nequit, niſi directa quæratur Procuratori. *d. l.* 5. §. 6.

(*m*) Etſi cum falſo Procuratore; quia ratihabitio mandato comparatur. *l.* 12. §. *ult. de ſolut.*

(*n*) *l.* 12. §. *ult. rat. rem. hab.* ſive dominus ipſe petat, ſive qui ab eo cauſam petendi habet; ut emptor fundi. *l.* 16. *d. tit.*

(*o*) Licet ſine judicio. Pro juſta ſolutione eſt, & ſi quis adverſus petentem compenſatione, aut deductione uſus ſit. *l. amplius*, 15. *l.* 17. §. *ult. eod.*

(*p*) Quod accidit tribus modis: præterlapſo die ratihabitioni præſtituto. *l.* 23. *de rec. arb.* aut ſine die interpellatione rei. *l.* 12. §. 2. *& leg.* 13. *de ſol.* aut ſine utroque, finito actionis die. *l. ult.* §. 1. *rat. rem hab.*

(*q*) Vid. *l.* 13. *l.* 17. *& duas ſeqq. l.* 22. §. *marcellus*, *eod. tit.*

(*r*) Actori id non licere probant *l.* 31. §. 1. *hoc tit. de proc. l.* 1. *in pr. verſ. hujus rei. de off. ejus. l.* 24. §. *ult. de adm. tut.* non reo. *leg.* 37. §. 1. *l.* 38. *hoc tit.* Sic & quando univerſitas litigat, cogi eam poſſe, ut unum conſtituat Syndicum, ſcribit Vinc. de Franch. *deciſ.* 309. *arg. l.* 4. §. *creditoribus*, 9. *de fid. lib.*

dum, ut quidem omnes admittere adversarius cogatur.

Ductum hoc ex ea notione, hactenus solum Procuratorem intervenire posse, quatenus non afficiatur incommodo adversarius. Non minimo autem incommodo, & molestia (*s*) afficeretur, si pluribus Procuratoribus objectis, actio, aut defensio scinderetur per plures (*t*) personas. Possunt sane unius (*u*) litis plurium personarum plures Procuratores ad (*x*) agendum dari, possunt & ad defendendum, sed cum hac praescriptione, si non obligatio rei individuae ab uno auctore coepta ad plures sive haeredes, sive fidejussores ejus obligationis (*y*) pervenerit. Hoc ita tam varie, quia rei individuae haeredes cum singuli in solidum teneantur, pro una persona semper (*z*) habentur. Ceterum non continuo per se inutilis est datio, si in una lite plures Procuratores ab uno dentur, sed occupantis melior conditio est (*a*)

CAPUT XXV.

Qualis sit obbligatio, & officium Procuratoris.

EXpositus est nobis primus in quaestione de Procuratoribus locus, pertinens ad adversarium, cui Procurator objicitur, omniaque, quae in potestate dandi Procuratoris spectanda sunt, consideravimus. Proximus ad Procuratorem spectat, in quo quaeritur, an quis procurationem, aut defensionem sibi delatam invitus suscipere, aut susceptam exequi cogatur; ut gemina hic sit quaestio: una de procuratione suscipienda: altera de suscepta exequenda. Primo illud exploratum est, utpote ductum ex perpetua lege mandati; neminem extra causam muneris publici constringi (*b*) necessitate ab initio suscipiendi alienae litis procurationem: Munus publicum necessitatem induxit in quatuor generibus personarum in Tutoribus, Curatoribus, (*c*) Syndicis, item in Procuratoribus forensibus, quibus nostra aetas in judiciis (*d*) utitur, quibus & necessario negotium mandandum est. Suscepta procuratione, jam contraria mandati regula valere incipit, nimirum susceptam (*e*) consummandam esse, litemque ad extremum persequendam.

Ceterum habet haec obligatio quaedam singularia, de quibus operae pretium est separatim in utroque Procuratore cognoscere. De Procuratore actoris hoc primo sit constitutum, eum nunquam obligari (*f*) adversario ob susceptam procurationem, sed soli domino, cujus mandato agit, ut fidem (*g*) impleat. Duo autem Procurator ad agendum datus in se recipere (*h*) intelligitur: actionem nomine domini; ejusque mutua petitione conventi defensionem. De priore sic in universum habeto: Procuratorem suscepta actione suscepisse intelligi omnem litem, quae de ea re moveri possit; proinde non solum in primo judicio debere eam actionem usque ad sententiam (*i*) persequi, sed & victum (*k*) appellare, appellatio-

(*s*) Tria autem hic potissimum incommoda: molestia vocandi omnes; atque inde judicii mora; tum difficultas praestationis, & exequutionis judicii.

(*t*) Ut declaratur in *l. 5. §. pen. jud. solv. l. quod si nolit, 31. §. §. si plures, de ae. l. ed.* Quod si unus plures actiones intendat, in singulas singuli Procuratores intervenire possunt, quia hoc pacto non magis lis scinditur, quam si unus in una actione daretur. *leg. 37. hoc tit.*

(*u*) Una lis plurium personarum intelligitur, cum aut pluribus debetur id, quod divisionem non recipit, aut id plures debent. *l. 2. §. 2. l. 72. de verb. obl.* nam ubi pecunia, aut alia res dividua debetur, obligatio, & actio dividitur, & plures fiunt lites. *l. 6. Cod. l. haeredes, 25. §. autem. ff. fam. erc.*

(*x*) *l. 31. §. 1. hoc tit.* idque perpetuum in pluribus litis actoribus, sive iis principaliter res individua deberi coeperit, sive uni, cui primo debita, successerint. *d. l. 5. pen. in fin. jud. solv.* Cum enim singulis per se agere liceat, cur non etiam hactenus Procuratorem dare? hic enim distractio actionis a jure nascitur, non ab haeredibus.

(*y*) *d. l. 5. §. pen. l. 31. §. si plures. de aedil. edict.* unde quia in judiciis divisoriis omnes litigatores ita actores sunt, ut simul etiam sint rei. *l. 2. §. 3. famil. erc.* idem & in his eadem ratione obtinere placuit. *l. 48. dict. tit.*

(*z*) *l. 4. §. 3. & 4. si serv. vind.* Plures autem actores nunquam unius loci habentur, quoties proprio nomine, & ad suum commodum agunt. Ant. Fab. in *d. l. 31. §. 1. hoc tit.*

(*a*) *l. 32. hoc tit.* Quippe qui prius agendo, & litem contestando, dominus litis effectus fit. *l. 22. Cod. eod.* Sed hoc si simpliciter plures dati. Quod si plures nominatim dati, ut simul causam agant, inutilis est datio. per *l. 24. in fin. de adm. tut.* junct. *l. 40. in fin. hoc tit.* Aliud tamen usu servari tradunt, ex *cap. si duo. de proc. in 6.* quo duo Procuratores simul dati simul admittuntur, nec alterum sine altero agere permittitur, nisi in solidum dati. DD. in *d. l. 32.* neque id absonum a jure civili putat Ant. Fab. *ibid.*

(*b*) *l. 8. §. invitus, ff. l. invitus, 17. C. hoc tit. de proc.* junct. *l. 1. §. ult. mand. §. antep. Inst. eod.* & quia hic de obligando agitur, scientia, aut silentium pro consensu non habetur. *d. l. 8 § 1.*

(*c*) *l. 1. §. 1. ff. l. ult. C. de admin. tut. l. 6. §. 1. quod cui un. l. ult. §. defensores, de mun. & hon.*

(*d*) Vid. DD. in *d. l. 17.* & ibid. Sichard. *n. 2.* Gail. 1. *obs. 43. n. 6. & seq.* Myns. 4. *obs. 32.*

(*e*) *l. si mandavero, 22. §. ult. l. si quis alieni, 27. §. qui mandatum, ff. mand.*

(*f*) Etiamsi maxime eo consentiente, & paciscente datus; hoc enim cavetur actoris causa; huc pertinet jus constitutum *tit. C. ut nem. inv. arg.*

(*g*) Quemadmodum & in ceteris negotiis. *l. qui proprio, 46. §. Procurator, hoc tit.*

(*h*) Prius jure mandati, quod recepit; posterius ex edicto, quo cautum, ut qui actionem alterius nomine sibi dari postulabit, is eum boni viri arbitratu defendat. *l. 35. §. 3. hoc tit.*

(*i*) *d. l. 17. C. eod.* Agere enim non est litem instituere, sed rem judicio persequi, donec res judicata sit.

(*k*) *d. l. 17.* De interpositione appellationis inter omnes convenit, & facit *c. pen. ext. eod.* Intellige tamen, si datus sit ad totam litem, non si ad unum aliquem actum, veluti ad sententiam audiendam. Boer. *decis. 285. num. 9.*

lationem ad finem (*l*) perducere, victorem quoque appellationem ab adversario interpositam excipere, partamque priori sententia victoriam suis sumptibus tueri (*m*) oportere. Hanc enim esse hujus partis obligationem vel sola res suscepta satis argueret, etsi auctoritate destitueremur. Sunt tamen nonnullæ causæ, ob quas re judicata appellationem omitti posse placet, cujus generis justæ tres: paupertas Procuratoris, quæ ei non permittat suo sumptu appellationem exercere; denunciatio domino testato facta; item si inter agendum cognoverit, dominum ex justa causa esse (*n*) condemnatum. Sunt & propter quas litem incœptam, necdum finitam deserere potest, ut mox audiemus. Porro judicium omne nondum cœptum ab initio declinari potest tempestiva renunciatione (*o*).

Altera pars officii, quod alieno nomine agere volenti incumbit, est defensio domini mutuo conventi. Sed hæc pars ad sequentem locum potius pertinet. De uno hic ambigitur, possitne qui ad agendum simpliciter datus est, si mutua petitione ex persona domini conveniatur, omissa actione, defensionem effugere. Quod magis probandum est; nam nec defensionem aperte recepit, nec actionem hac conditione, ut eam cum defensione alterius litis (*p*) conjungeret. Defensoris nonnihil dissimilis causa; is enim domino semper, interdum & adversario obligatur. Obligatio, qua domino mandati obstringitur, plane (*q*) similis est ei, cui tenetur Procurator ad agendum datus. Adversario obnoxius sit duobus casibus: uno, qui dubitationem non habet, si satisdederit actori judicatum solvi, unde sic obligatur, ut judicium defugere non possit, quantumvis debitor postea non (*r*) solvendo esse cœperit; altero, si dominus ipse judicatum solvi pro defensore consentiente exposuerit. Hac enim cautione exposita, hactenus saltem defensor subire defensionem tenetur, ut judicium ab adversario illatum (*s*) accipiat; ceterum acceptum semel adhuc deserere potest, cum adversus deserentem nihilominus sententia (*t*) feratur. Illud disceptationem habere non potest, an a Prætore compelli possit omnimodo judicium suscipere. Sed verius est, non posse, quippe cum ob rem non defensam committatur stipulatio in id quod actoris (*u*) interest. Quæcumque autem post præstitam cautionem judicatum solvi defensoris obligatio est, ea suas exceptiones justis de causis habet, ob quas non teneatur judicium præcise accipere, nec præstare eam, quæ verbis promissa est, (*x*) cautionem. Proficiscuntur hæ causæ partim a domino, partim a defensore, partim ab adversario. A domino duæ: (*y*) dirempta affinitas ante judicium susceptum: inimicitiæ (*z*) capitales inter dominum, & Procuratorem exortæ. A defensore tres: si omnino judicem suscipere non (*a*) potest: si non potest salva (*b*) dignitate; si non potest sine jactura rei (*c*) familiaris. Ab adversario una; si ejus nihil interfit,

(*l*) Per *d. l.* 17. *l.* 2. *ff. an per al. ca. app. l.* 8. §. 6. *verf. igitur. mand.* atque hæc fuit sententia Placent. aliorumque, quos refert, & sequitur Vasq. 2. *cont. us. freq.* 19. *n.* 2. Diss. comm. DD. & cum iis Sich. in *d. l.* 17. VVes. *par. n.* 11. Merul. *lib.* 4. *dist.* 3. *tit.* 13. *c.* 6. Excipiunt tamen Procuratorem generaliter datum ad omnes causas, aut si mandato inserta sit, ut fieri solet, clausula de prosequenda appell. Merul. *d. loc. & ibid. c.* 3. aut si ab interloquutoria appellandum. Gail. 1. *obs.* 139. *n.* 11. Sich. *d. loc. n.* 7. & 8. Boer. *d. decis. n.* 10. & *seqq.*

(*m*) Minus enim est tueri, quam persequi. Textus est in *l. qui proprio*, 46. §. 3. *hoc tit.* qui de restitutione quidem loquitur; sed appellationis, & restitutionis eadem ratio. *l. præses*, 42. *de minor. l. si causa*, 32. C. *de transact.* Differt. Bart. in *d. l.* 17. Boer. *d. decis. n.* 11.

(*n*) Priora duo in *l.* 8. §. 8. *verf. igitur mand.* tertium in persona tutoris scriptum *l.* 9. §. *nec utique*, *de adm. tut.* etiam ad Procuratorem pertinere evincunt *l.* 29. §. 3. *mand. l.* 31. §. 2. *de neg. gest.* Quamvis autem in dubio justa sententia præsumitur, tutius tamen esse semper appellare, quia contrarium probari potest, scribit Sichard. ad *d. l.* 17. *n.* 4.

(*o*) Quæ lex mandati communis. §. *antep. Inst. de mand.* Sed hodie nec ante litis contestationem renunciationem liberam esse, quia etiam tunc res non amplius integra, propter satisdationem domini, quæ ex stylo mandatis inferitur per *Clem.* 1. *in verbo* (*cogi*) *ext. hoc tit.* tradit Gail. 1. *obs.* 56. *n.* 3.

(*p*) *d. l.* 17. C. *hoc tit.* Neque enim actus agentium operari debent ultra eorum intentionem, totaque obligatio Procuratoris ad defendendum ex jure potius est, quam ex mandato. Idem manifeste evincitur ex pœna non defendenti constituta, quæ est actionis denegatio. VVesemb. in *par. hoc tit. n. ult.*

(*q*) *l. qui proprio*, 46. §. 3. *h. tit. l.* 8. §. *igitur mand.* Vid. *sup. lit.* i & *deinceps*.

(*r*) *d. l.* 46. §. 2. *l. antep. h. tit.* cui obstare videtur *l.* 43. *in fin. eod.* Probo distinctionem Bartol. & Costal. ad *d. l. antep.* Bronch. 1. *ass.* 54. inter defensorem sine mandato, de quo *d. l. antep.* & qui mandatum habet, de quo in *fin. d. l.* 43. quia in illum exequutio fieri potest. *l. Plautius*, 61. *eod.* in hunc non item. *l.* 4. *de re jud.*

(*s*) *l.* 8. §. *ult. hoc tit. d. l.* 43. §. *ult. eod.*

(*t*) Ideoque nec adversarii intersit. *l. & post. edictum*, 73. *de jud.* quod si manere in judicio non cogitur, multo minus re judicata appellare.

(*u*) *l.* 45. *in pr. hoc tit.* Sunt tamen qui existimant, etiam aliis remediis prætoriis compelli posse, pignorum scilicet captione, aut mulctæ dictione. Ant. Fab. in *l.* 35. §. 3. *in verb. compellendum*, *eod.* & Gifan. *ibid.* facit Clem. 1. *ext. hoc tit.*

(*x*) Neque enim vir bonus arbitraturus est, ut qui justam excusationem adfert, defendere cogatur. *d. l.* 45. *in pr.*

(*y*) *l.* 8. *in fin. l.* 14. *d. l.* 43. §. *fin. eod.* add. Sich. ad *l.* 22. C. *eod. n.* 3.

(*z*) *dict. l.* 43. §. *ult.* Nempe ob sublatam causam; quæ ab initio suscipiendæ defensionis fuit, videlicet conjunctio.

(*a*) Valetudine, necessaria absentia, munere publico impeditus. *d. l.* 8. *in fin. & l. seq. eod.*

(*b*) Ut si cum privatus defensionem suscepisset, deinde accesserit dignitas, aut Magistratus. *d. l.* 8. §. *ult.* majoribus Magistratibus nec pro se litigare permittitur; tantum abest, ut pro aliis possint. *l.* 25. C. *hoc tit.*

(*c*) Nam humanitas suadet, ut quis suum commodum præferre possit alieno, quod sine damno alterius fiat. Exemp. in *l.* 9. & *seqq. l.* 20. *hoc tit.* Plane una hic exceptio est, si dominus absit, & periculum, ne dies actionis exeat. *l.* 12. *eod.* Ceterum non ad aliud credo, quam ut Procurator litem contestetur. *arg. l.* 28. §. *sed etsi. de jud.* Ant. Fab. in *d. l.* 11.

terfit, defenforem judicium fufcipere, ut cum ipfe dominus eft (*d*) præfens, quocum experiatur.

CAPUT XXVI.

Quando Procurator mutari poffit; & fimul de effectu procurationis impletæ.

TErtius hujus difputationis locus dominum tangit, nempe ut quæratur, poffitne is Procuratorem a fe datum removere, aut mutare. De qua quæftione hæc extat diftinctio: ante litem conteftatam liberam effe poteftatem Procuratorem quoquo modo (*e*) removendi, poft litem conteftatam ne mutandi quidem (*f*) effe, nifi ex caufa. Unde ergo hæc diverfitas? nempe natura mandati hæc eft, ut re adhuc integra revocari poffit, non poffit, ubi res integra effe (*g*) defiit, quod fit lite a Procuratore (*g*) conteftata; ex eo enim Procurator dominus litis ftricta ratione juris efficitur, & quidem (*i*) folus, ut jam prior dominus litem aut ad fe, aut ad alium transferre invito Procuratore non poffit. Ceterum Prætor rigorem juris civilis ex caufa mitigavit, ne fcilicet per occafionem fummi juris lædatur is, qui exitu, & emolumento dominus manet. Caufæ hujus generis duæ: una, ubi Procurator fufpectus fieri cœpit; altera, ubi impeditur, quominus commode rem gerat. Sufpectum tria (*k*) faciunt: inimicitiæ; affinitas cum adverfario contracta; fucceffio in locum adverfarii. Cur gerere commode non poffit, caufæ innumeræ; ex quibus hæ: ætas fenilis, valetudo, neceffaria abfentia, puta Reipubl. caufa, exilium, vincula, (*l*) occupationes tum publicæ, tum privatæ. Sed funt hæ caufæ domino neceffariæ ad mutandum Procuratorem invito (*m*) adverfario, non repugnante eo, & fine his repudiari Procurator (*n*) poteft, nifi ipfe juftam aliquam caufam alleget, & probet, ob quam retineatur; cujufmodi funt hæ quatuor: fi in rem fuam fe datum effe dicat; fi retentione aliqua uti velit, nec dominus ei folvere paratus (*o*) fit; convicii (*p*) purgatio; caufarum quarumdam, relictis ceteris, ab eo (*q*) translatio. Remotus autem non ftatim Procurator effe definit, fed tunc demum, cum dominus aut alium fubftituerit, aut litem in fe (*r*) tranftulerit. Unde fequitur, ut quæ ante cum eo gefta funt, rata manere debeant, irrita autem habeantur quæcumque poft mutationem cum eo agentur (*ſ*).

Poftremus locus ad utrumque communiter attinens eft de procurationis impletæ effectu, quatenus lis finita aut domino, aut Procuratori profit, aut noceat. De hac quæftione fic habendum: fi quid Procurator præter mandatum in lite, aut extra litem fecit, id domino neque prodeffe, neque (*t*) nocere; mandato autem ex fide confummato, commoda per occafionem litis quæfita omnino ad dominum redire damna non femper. Commoda duo: a Procuratore ad agendum dato, actiones utiles ex ftipulatu, & (*u*) judicati; a Procuratore ad defendendum, exceptio rei (*x*) judicatæ. Incommoda quoque totidem: unum in obligatione per caufam litis fufceptæ; alterum in damno litis ex facto Procuratoris.

Prius incommodum a defenfore eft. Is duplici obligatione per occafionem litis obftringitur; ex ftipulatu, & judicati. Harum obligationum incommodum ad dominum redit, fi is pro confentiente defenfore judicatum folvi (*y*) fatifdedit; defenforem fequitur, fi vel fponte fe liti obtulit, vel in rem fuam datus eft,

(*d*) Adde & folvendo eft, & cogi poteft. *l.* 10. *&* *feq.* *eod.* ubi nulla captio actoris mortuo Procuratore; quid ufus fervat, vid. Merul. *lib.* 4. *dift.* 4. *tit.* 14. *c.* 7.

(*e*) *l.* 16. *hoc t. de proc.* quamvis dominus neque in fe judicium transferat, neque alium Procuratorem fubftituat, facit *c.* 2. *ext. h. t.* Quid fi defenfor judicat, folvi fatifdedit? aliud dicendum arbitror per *l. antep. eod.*

(*f*) *l. poft litem*, 17. *ff.* *l.* 22. *Cod. eod.* Merul. *d. loc. cap.* 6.

(*g*) §. *recte*. *Inft. de mand.* Id autem eft, cum nondum cœpit intereffe. *l.* 8. §. *mandati*. *ff. d. tit.*

(*h*) *d. l.* 17. *ff.* *d. l.* 22. C. *hoc tit.*

(*i*) *Arg. l.* 5. §. *ult. commod.* Ad hæc intereft adverfarii, ne varietur judicium perfonarum mutatione.

(*k*) De quibus in *l.* 19. *l.* 21. *&* *feq. hoc tit.* Addi poteft judicium prævaricationis, & collufionis cum adverfario. Ant. Fab. in *d. l.* 19.

(*l*) Vid. *l.* 17. §. *ult.* *&* *aliquot ll. feqq. hoc tit.* add. Ant. Fab. in *d. l.* 17. §. *ult.*

(*m*) Utpote cujus gratia totum hoc jus maxime conftitutum eft, cujufque confenfus etiam tunc requiritur, cum revocatio fit, volente Procuratore. Mynf. 5. *obf.* 44.

(*n*) Neque enim ferendus Procurator, qui fibi auferat procurationem, quippe qui hoc ipfo fufpectus eft, quod operam fuam ingerat invito. *l.* 25. *hoc tit.*

(*o*) Hæc duo in *d. l.* 25. *verf. plane*. *&* *in fin.* *&* *l. feq. eod.*

(*p*) Nempe fi dominus dicat, fe eum removere ex caufa infami. *d. l.* 25. non quod contradictio Procuratoris impedit effectum revocationis, fed ut pro confervatione famæ cognofcatur an jufte revocatur. *dec.* Rot. *noviff.* 145. *p.* 1.

(*q*) *l.* 27. *eod.* Quæ inconftantia etiam aliis juris articulis improbata. *l.* 1. *&* 2. *de acq. her.* *l.* 38. *in pr. de leg.* 1. *&* *fimil.*

(*r*) *dict. l.* 17. *in pr.* *d. l.* 27. §. 1. Alio autem defenfore fubftituto, nova requiritur fatifdatio. *l.* 46. §. 2. *eod.*

(*ſ*) *l. ignorantis*, 49. *ff.* *l.* 10. C. *hoc tit.*

(*t*) Nempe ignoranti. *d. l.* 49. *exemp. in* *d. l.* 10. C. *hoc tit.* *l.* 13. *de pact.* *l.* 7. C. *de tranfact.* Secus eft, fi fciens paffus eft Procuratorem excedere fines mandati.

(*u*) In tantum, ut Procurator directis agens, exceptione a reo poffit fubmoveri. *d. l.* 27. *in fin.* *&* *l. feq. hoc tit.*

(*x*) *l. quacumque*, 50. *eod.* etiam ex parte actoris in reconventione. *t.* 11. §. *hoc jure*. *de exc. rei jud.* Ant. Fab in *l.* 46. §. 4. *hoc tit.*

(*y*) *l. Plautius*, 61. *h. tit.* *l.* 4. *de re jud.* Semper enim id fequi oportet, quod actum eft. *l.* 34. *de reg. jur.*

est, vel ipse ultro satisdedit domini defendendi (z) causa. Ex facto autem Procuratoris, si lis amissa est, valebit quidem semper adversus dominum res judicata; verum is eo nomine cum Procuratore, aut Defensore, cujus dolo, aut culpa factum est, mandati agere potest †.

Quæ res in judicium deducantur.

CAPUT XXVII.

Quid sit actio, & quotuplex.

TAntum de prima judicii parte, in qua licet agnoscere causam judicii efficientem in personis ad constituendum judicium pertinentibus. Conferamus nos ad secundam, quæ materiam continet, idest, res in judicium deductas. Quidquid in judicium deducitur, aut actio est, aut exceptio; certe alterutrius harum vim habet. Actio (a) est jus persequendi in judicio, quod sibi debetur. Genus in hac definitione metonimicum jus, idest, potestas jure tributa, quæ perpetua hujus vocis significatio est, cum verbis faciendi (b) adjungitur. Ita tamen actio jus persequendi est, ut ipsa judicii persequutio vel magis actio dici debeat. Imo ex hoc sensu solo actio a (c) rebus destinguitur, & tertium juris subjectum, quod hic tractamus, constituit. Cur igitur juris vocabulum in definitione retinemus? nempe ut intelligamus, non omnem juris nostri persequutionem receptam esse, sed eam tantum, quæ instituitur pro ea potestate, quæ cuique jure publico conceditur. Quid sit judicium, supra expositum est. In persequendi verbo notissima translatio. Denique nullum jus est persequendi judicio, quod nobis præstari debet, quod actionis nomine non (d) contineatur.

Ad rectam actionis institutionem quatuor cognitu necessaria, ex quibus tamquam ex causis effectum actio ipsa sequitur: cui competat actio, adversus quem, qua de re, cujus rei gratia. De his autem partibus non una est in omnibus actionibus præceptio; sed prout est genus actionis, ita & ipsæ variantur. Omnis actio aut est juris nostri integri, quæ eadem & recta; aut juris (e) amissi, quæ obliqua. Recta, & juris integri est, qua id, quod nostrum est, recta via citra restitutionem Magistratus persequi licet. Obliqua, & rei amissæ, qua per in integrum restitutionem, jure veteri recuperato, judicio contendimus. Prioris generis duæ species: aut enim in rem sunt, aut in (f) personam; mixtas adnumerabimus ei speciei, quæ in his (g) prævalet. Actiones in rem in usu juris dicuntur vindicationes, actiones in personam (h) condictiones. Sed & veteres, quo commodius res plures pluribus nominibus notarent, etiam speciale aliquod discrimen observant, maxime tunc, cum hæc tria simul (i) junguntur: actio, petitio, persequutio; ut actionis verbo actio in personam significetur; verbo petitionis actio in rem; persequutio

(z) *dict. ll. & l. 28. vers. ped contrarium. hoc tit.* In eo, qui se sponte offert, præterea hæc ratio, quod onus sponte susceptum postea frustra recusatur. *l. 67. & l. antep. hoc tit.*

† *l.* 10. C. *eod.* Negligentia Procuratoris, error, confessio quando domino noceat vid. And. Fach. 10. *contr.* 97. & an adversus negligentiam Procuratoris restitui possit. Gail. 1. *obs.* 45.

(a) Definitio tradita *Inst. de actionib. in pr.* ex Celso in *l. nihil aliud*, 51. *de obl. & act.* quam late exponit Don. 19. *com.* 1. & ad *d. pr. n.* 5. *& seqq.* add. Bronch. 4. *assert.* 30.

(b) Atque ita a juris auctoribus usurpatur in definitionibus itineris, actus, viæ, ususfructus, &c. *l.* 1. *de servit. rust. præd. l.* 1. *de usufr.* Vide Suthholt *differ.* 17. *n.* 15. & *tr. seqq.*

(c) Nam actio, quatenus est jus persequendi, in bonis nostris esse dicitur. *l. bonorum, de verb. sign. in fin.* unde Loriot. *de apicib. jur. tract.* 2. *de action. axiom.* scribit persequutionem ipsam in facto consistere, & ab actione, seu jure agendi tantum distare, quantum obligatio a contractu. Add. Pet. Fab. 2. *semestr.* 25. Intentio actoris usu forensi conclusio appellatur. Briss. *de verb. sign. lib.* 9.

(d) Neque verbum debendi excludit actiones in rem. Cur enim eo verbo paulo largius accepto comprehendi non possit is, qui id, quod nostrum est, nobis præstare tenetur, quamvis facto suo se non obstrinxit Schneid. in *pr. Inst. de act. num.* 18. Mynsf. *ibid. n.* 21. Nec usurarum petitionem exigimus; nam quod usuræ in bonæ fidei judiciis deberi dicuntur ex mora, non jure actionis, sed officio Judicis. *l.* 4. C. *de pos. l.* 49. §. 1. *ff. de act. empt.* id non significat, nullam usuram nomine actionem esse, sed non esse propriam, qua principaliter petantur, sed sortis dumtaxat, qua mota, & ipsæ per consequentiam officio Judicis veniant. *d. l.* 49. 1 Vulgo tamen implorationem officii Judicis ab actione distinguunt cum Azon. in *summa Instit. de act. n.* 2.

(e) Quia nobis propositum actiones omnes, quibus quoquo modo judicio agitur, complecti, paulo altius summam earum divisionem repetivimus ex Ulp. in *l.* 16. *in pr. de min.* quam idem fecit. *l.* 25. *in pr. de obl. & act.* & Justin. in §. 1. *Inst. eodem*. Quarum divisio summa quidem est, sed in eo tantum genere, quod dividitur, nempe earum actionum, quæ jure communi competunt sine auxilio Prætoris extraordinario; quæ & solæ in usu juris propriæ actiones dicuntur.

(f) Hæc divisio traditur in *d. l.* 25. *& in d.* §. 1. *Instit. de act.* Estque in hoc genere summa, ut *ibid.* recte Justin.

(g) Exemplo hermaphroditi. *l.* 10. *de stat. hom.* Quia igitur judicia divisoria origine sua, & essentia actiones sunt in personam, fine solo, & effectu quædam ex natura act. in rem participant, ea actionibus in personam adnumerabimus, per *l.* 1. *fin. reg.* Petitionem autem hæred. quæ & ipsa mixta. *l.* 7. C. *de pet. hæred.* ob contrariam rationem actionibus in rem. *l.* 25. §. *antep. ff. eod. tit.*

(h) *d. l.* 25. *de obl. & act.* §. *appellamus*. *Inst. eod.* quorum verborum origo, & ratio exponitur a Don. in *d.* §. *appellamus*.

(i) Ut in *l. bonorum, de verb. sign.* & in formula stipulat. Aquilianæ §. 2. *Inst. quib. mod. toll. obl.*

quutio autem (*k*) extraordinarias persequutiones contineat. Sed de utraque specie separatim cognoscamus, & primum de actione in rem; actio in rem est, qua rem nostram (*l*) petimus. Hoc genus iterum bipartitum; Est enim aut de rebus, quæ vere nostræ sunt, aut de iis, quæ ad jus nostrum pertinent; illæ civiles, hæ prætoriæ (*m*) appellantur. Civiles sunt aut de rebus extra personam positis, aut de his, quæ positæ sunt in statu personæ, quæ & præjudiciales. Rursus de rebus extra personam positis duæ sunt distinctæ species: una de universitate, altera de rebus singulis. De universitate hæ duæ: querela inofficiosi testamenti, & generalis petitio hæreditatis. De rebus singulis, item duæ: de corporalibus, quæ κατ' ἐξοχὴν dicitur rei vindicatio; & de rebus incorporalibus, ut petitiones, & vindicationes servitutum. In prætoriis quoque eadem varietas; nam & in his quædam de rebus universis, quædam de singulis. De universis possessoria, & fideicommissaria hæreditatis petitio. De singulis, actio emphyteuticaria, superficiaria, Publiciana, Serviana, & quasi. Harum autem omnium, quæ quidem sunt de rebus mobilibus, præparatoria est actio ad exhibendum, quæ tamen ipsa (*n*) personalis habetur. Non est autem necesse in singulis, quid natura cujusque postulet, curiose investigare. Nam adversus quem dentur, & qua de re; communes fere sunt in omnibus locis; cui dentur, & cujus rei causa, jus agentis respicit, de quo satis in singulis dictum est in iis libris, quos de jure suo cujusque scripsimus. Tres sunt ex omnibus, quas necesse est diligentius persequi; duo de universitate; querela inofficiosi testamenti, & petitio hæreditatis generalis; de rebus singulis una: rei vindicatio; quarum exemplar in reliquarum informatione sequemur, contenti eas breviter descripsisse.

CAPUT XXVIII.

De querela inofficiosi testamenti.

HÆreditatis petitio duplex: una generalis, quæ ad omnem causam pertinet, ex qua hæreditas petitur, sive ex testamento, sive ab intestato; altera specialis, quæ petitur ex causa inofficiosi testamenti. Sed ordo divisionis hic nobis invertendus est, & primo loco de speciali petitione agendum, deinde demum de generali; non quod ignoremus, contra legem methodi fieri, quando in divisionibus a specie progredimur ad genus; sed quia hic non tam de divisione harum petitionum solicitos esse oportet, quam de iis instituendis, exercendisque. Atqui scimus, quotiens instituenti impedimentum aliquod in re instituenda objicitur, primam curam esse debere, ut id amoveatur; in petitione autem hæreditatis, quantumvis generali, quotiens ex causa inofficiosi agitur, obstat agenti testamentum; unde fit, ut non ante eam exercere queat, quam id testamentum per querelam rescissum sit. In definienda querela utemur perspicuitatis gratia latiore, & pinguiore descriptione. Querela inofficiosi testamenti est (*o*) petitio hæreditatis, tamquam ab (*p*) intestato delatæ, adversus scriptos testamento hæredes instituta, hanc (*q*) causam habens, quod testamentum adversus eum, qui agit, dicatur esse inofficiosum, quam ob causam & tale esse queritur, accusat, & ut tale rescindi (*r*) postulat. Singula hujus definitionis qui diligentius pensitabit, ei admodum difficile non erit, curiosorum hæsitationi (*ſ*) satisfacere.

Nunc

(*k*) Maxime scilicet *l. pecuniæ*, 178. §. 2. *de verb. sign.* nam & eo verbo utraque actio pariter significatur. *l.* 28. *de obl. & act.*

(*l*) Ab eo, qui nullo suo facto nobis obligatus est. *d.* §. 1. Sic dicta, quia adversus rem, eamque solam principaliter dirigitur; unde & res ipsa conveniri dicitur, non persona. *l.* 7. *de publician. l.* 19. *de jur. fisc.* non quod res ipsa vere conveniatur, quod natura fieri non potest, sed quod, quamvis actio adversus possessorem exerceatur, juris tamen interpretatione adhuc ipsa res in persona possidentis conveniri intelligatur. Convenitur enim propter rem, eamque cum possidere desiit, transit actio in novum possessorem. Don. *d. loc. n.* 30. *& seq.* Ant. Fab. 20. *conj.* 6.

(*m*) Quia hæ omnes jure prætorio constitutæ; sicut illæ jure civili; nisi quod præjudicia, excepta causa liberali, ex Prætoris jurisdictione substantiam capiunt. §. *præjudiciales, Inst. de actionib.*

(*n*) Textus est expressus in *l.* 3. §. 3. *ad exhib.* Singulæ autem actionum species a me recensitæ peculiares *tit.* habent, maxime in ff.

(*o*) Idque tot locis scriptum est, ut mirer quemquam dissentire. *l.* 8. §. *quoniam*. *l.* 20. *l.* 21. §. 2. ff. *hoc tit. l. pen. in fin. contra tab. l.* 34. C. *hoc tit. l.* 3. C. *de pet. hered.* Diss. tamen comm. DD. & cum iis Sichard. in *rub.* C. *hoc tit. n.* 3. volentes querelam esse actionem præparatoriam petitionis hæreditatis, & per hanc aperiri viam agendi actione universali, quod falsum est; nam ipse titulus inofficiosi una causa est, ex qua vindicatur hæreditas. *d. l.* 3. C. *de pet. her.* nec duo hic judicantur sed unum, quo & testamentum impugnatur, & simul petitur hæreditas. Sutholt. *dissert.* 9. *n.* 89. *& seq.*

(*p*) *l. mater*, 19. ff. *l.* 15. C. *hoc tit.* Additum, ne quis petet, ideo hæreditatis petitionem non esse, quia illa ex testamento, aut ab intestato. *l.* 1. 2. 3. *de hered. pet.* Querela autem inofficiosi non est petitio hæreditatis ex testamento quia datur iis, qui testamento exclusi; sed juste dubites, an ab intestato, per *l. quamdiu. de acq. hered.*

(*q*) Hæc causa petitionis superiorem dubitationem tollit; nam si inofficiosum, inutile, eoque rescisso, fit paterfam. intestatus. *l.* §. 1. *hoc tit.* & retro versus perinde omnia habentur, ac si hæreditas numquam adita fuisset. *l.* 21. §. 2. *eod.*

(*r*) Ne id sibi obstet; hinc nata nomina; dicitur querela, accusatio, actio inofficiosi, qui agunt, queri, agere de inofficioso, inofficiosum accusare.

(*ſ*) Tribus fere argumentis hæc definitio oppugnatur. Primo, quod petitio hæreditatis aut ex testamento competit, aut ab intestato; querela ex neutra causa. Secundo, quod petitio hæreditatis non datur adversus hæredem, querela datur; utrique huic objectioni occurri potest ex iis, quæ *lit. q.* tertium sumitur ex *l. ult.* §. *ubi autem*. C. *de bon. quæ lib.* junct. *l.* 8. *in pr. hoc. tit.* ad quod bene respondet Duar. *c.* 8. *hoc tit.*

Nunc per quatuor partes supra a nobis positas dispectio fiat: cui competat: adversus quem: qua de re; cujus rei gratia. Competit hæc actio iis solis, ad quos hæreditas ab intestato perventura fuisset; neque tamen his omnibus, sed primo liberis; deinde parentibus; tertio fratribus; ultra fratres nemini datur. Primo liberis competit, non tantum naturalibus, legitimis, & jam natis, sed etiam adoptivis, emancipatis, & (t) posthumis: quinimmo & spuriis adversus testamentum matris (u) datur. Parentibus quoque omnibus (x) competit, idest, quicumque parentum nomen obtinent, sive masculi sint, sive feminæ. At fratribus non omnibus proposita, sed (y) consanguineis dumtaxat. Verum enimvero non simpliciter his omnibus querela proponitur, sed sunt nonnullæ conditiones tum in causa hujus accusationis, & persona legatoris, tum actionis perseverantia, & ordine successionis. Causa, ex qua datur, hæc est, si adversus eum, qui queritur, testamentum proponatur inofficiosum. Hinc de eo primus querendi locus. Testamentum inofficiosum est, in quo liberi, aut parentes, aut fratres consanguinei immerito exhæredati, aut præteriti sunt: si modo & testamentum legitimo jure consistat, & nec his debita portio relicta sit. Constat hæc definitio his conditionibus, & rebus (z) quatuor, quas easdem ad querelam jus exigit; si personæ suprascriptæ exheredatæ, aut præteritæ sint; si immerito; si nihilominus testamentum jure consistat; si nec debita portio eis relicta sit. Præteriti dicuntur, qui neque hæredes instituti, neque ut oportet, exhæredati sunt. Exhæredati, qui verbis testatoris ab hæreditate sunt remoti; sed ita demum exhæredatos accipimus, si rite exhæredati sunt; in quo ritu quid observari oporteat, alibi tradidimus. Immeritæ præteritionis, aut exhæredationis non eadem in omnibus ratio. Liberi, & parentes pro immerito exhæredatis habentur tribus modis: si sine justa ingratitudinis causa prætereantur, aut exhæredentur; si ex justa quidem causa, sed testamento non adscripta; si adscripta, sed quæ ab hærede non (a) probetur. In fratribus autem hæc una ratio iniquæ præteritionis, aut exhæredationis est, si turpis persona instituta proponatur, nec causa sit, cur nihilominus frater ipse removeri debeat. De quibus item omnibus alio loco dictum est diligentius. Tertia conditio est, si testamentum jure valeat, nam si non valet, idest, si aliquo remedio vel civili, vel prætorio everti potest, & ad bona defuncti alio jure veniri, de inofficioso agi non (b) potest. Valeat, an non valeat testamentum, ita planum fiet. Certum est exhæredationem non turbare testamentum. Si quis ergo ex superioribus personis rite exhæredatus erit, testamentum jure civili, & prætorio (c) subsistit. Præteritio autem alias pro exhæredatione habetur, alias inutilis est; de quo ex persona ejus, qui præteritus est, statuendum. Totiens præteritio inutilis est, quotiens eum quis præteriit, quem in potestate habet, aut habuit. Tale igitur testamentum aut ipso jure nullum est, aut per bonorum possessionem contra tabolas (d) evertetur, ut nullus hic relinquatur querelæ locus. Reliqui omnes si prætereantur, præteritio pro exhæredatione reputatur, ut jam aliud remedium nullum supersit ad infirmandum testamentum, præter unam inofficiosi (e) querelam. Sola ergo exhæredatio querelam necessario inducit, aut ea præteritio, quæ pro exhæredatione habeatur. Plura, quæ huc facere videbuntur, desumi possunt ex iis locis, qui sunt de pœna præteritionis, & exhæredationis a me tractati lib. I.

Po-

(t) *l.* 6. §. 1. *ff.* §. 2. *Inst. eod.* Adoptivis tamen secundum distinctionem. *l. pen.* C. §. 2. *Inst. de adopt.*

(u) *l.* 29. §. 1. *hoc tit.* Nisi mater illustris, & nisi ex nefario complexu, quia qui non succedit ab intestato, nec jus querelæ, nec legitimæ petendæ habet. Chiflet. *de part. leg. c.* 9. Battand. *tr. leg. c.* 3. *n.* 7.

(x) *l.* 14. *l.* 15. *in pr. l. antep. eod.* Potest & mater conqueri de filii spurii testamento, ut & alii parentes lineæ maternæ. Battand. *d. c.* 3. *n.* 9. Quid parentes, qui ad secunda vota transierunt? Vid. Chiflet. I. 10.

(y) Primum germanis, deinde & qui ex eodem patre dumtaxat. *l.* 27. C. *eod.* Uterinis etiam idem jus tribuendum esse, ex quo agnationis, & cognationis differentia sublata est, contendit Hotom. *disput. de quart. leg.* eoque inclinat & Azo in *summ.* C. *hoc tit. nu.* 13. contra gloss. in *d. l.* 27. & Sich. *ibid. n.* 5.

(z) Quarum prima, & secunda in *l.* 3. *l.* 5. *ff. in pr. Inst. hoc tit.* tertia in §. *tam autem*. quarta in §. *ult. Inst. eod.*

(a) Nov. 115. *cap.* 3. Hoc solum interest, quod liberos causæ quatuordecim excludunt, parentes octo tantum. Hoc ideo, quia pauciores justæ offensionis causæ adversus parentes, quam adversus liberos.

(b) §. 2. *Inst. hoc tit.* Quod haud dubie introductum, ut existimationi testatorum consuleretur, quos querela, dum quæsito colore cæcitatem mentis ostendit, revera nec humane, nec die fecisse arguit, & alias, qui communi auxilio munitus est, ei non solet tribui extraordinarium. *l.* 16. *de min.* Diss. VVesemb. in *rub.* C. *hoc tit. num.* 25. existimans querelam elective concurrere cum omnibus remediis, quæ testamentum rescindunt, & in *addit. ad Sohn in d.* §. 2. *per l.* §. §. *si quis*, 12. *l.* 14. *ff. l.* 14. *l.* 16. C. *hoc tit.* Sed magis placet DD. axioma, quod cum ordinario remedio concurrat extraordinarium, quoties hoc plenius est, & expeditius, per *l.* 7. §. 3. *de dol.*

(c) Ut nec ita exhæredati ad bonorum possessionem cont. tab. admittantur *l. non putavit. in pr. de bon. poss. cont. tab.*

(d) Nullum est, si quis eum præteriit, quem in potestate habeat. *pr. Inst. de exh. lib. leg. antep. de lib. & posth.* Petita bonorum possessione evertitur in emancipato præterito. §. *emancipatos*, *Inst. d. tit.* utroque autem casu querela excluditur. *l.* 23. *d.* §. 2. *Inst. hoc tit.*

(e) Indicatur hæc regula sub persona matris, & per matrem adscendentium in §. *ult. Inst. de exh. lib.* de patre præterito est *l.* 14. *ff. hoc tit.* de fratribus præteritis nullum dubium. Communis autem opinio est, præteritionem matris, & per eam ascendentium non amplius pro exhæredatione haberi, per *d.* Nov. 115. *c.* 3. quam refutant Ant. Fab. 15. *err. pragm.* 7. Fachin. 4. *conj.* 9. Bachov. in *not. ad Treutler. vol.* 2. *disp.* 11 *th. lit. b.*

Postrema conditio est, si his personis ita remotis nec debita portio (*f*) relicta sit. Hæc est ea portio, quæ passim legitima, & quarta etiam hodie (*g*) appellatur, propterea quod jure antiquo quarta pars fuit ejus portionis, quæ ad eum, qui queritur, perventura esset, si paterfam. intestatus (*h*) decessisset. Justinianus autem portionis hujus auxit modum, & pro quarta substituit (*i*) tertiam, in liberis pluribus, quam quatuor, etiam (*k*) semissem. Si igitur liberis pluribus, quam quatuor, semissis, reliquis omnibus triens relinquatur ejus portionis, quam jure legitimæ successionis essent habituri, deducto nimirum ære alieno (*l*) quamvis ceteræ conditiones concurrant, nihilominus tamen a querelà excludentur. Hoc intellecto, unum adhuc quærendum, quæ res in quartam legitimam imputentur, ut constare possit, habeatne eam, qui queritur, an non habeat. Imputantur in quartam primum omnia, quæ ex bonis (*m*) defuncti capiuntur ipso jure. Secundo quæcumque capiuntur (*n*) judicio defuncti; qualia sunt, quæ jure institutionis, legati, aut fideicommissi relicta sunt, item mortis causa donationes, capionesque. Tertia in filia dos, in filio donatio propter (*o*) nuptias, & lucrum, quod occasione (*p*) militiæ ex defuncti pecunia quæsitæ ad præteritos, vel exhæredatos pervenire potuit; item quæcumque inter vivos ea conditione donata sunt, ut in quartam (*q*) reputarentur.

At enim non omnia hæc omnibus, & eodem imputantur modo. Primum in liberis excipiuntur ea, quæ non ex substantia defuncti ad eos pervenerunt, & si maxime ex ejus judicio, forte ex substitutione pupillari, aut accretione (*r*) ususfructus. Secundo, si nihil liberis, aut etiam parentibus institutionis titulo relictum est, non efficient legata, aut fideicommissa immerito præteritis, aut exhæredatis relicta, aut quæ inter vivos donata sunt, ut in quartam imputarentur, quominus testamentum querelæ (*s*) subjiciatur. Quæ sequuntur, ad omnes, qui de inofficioso agere possunt, pariter pertinent. Primo si minus legitima relictum est (dummodo liberi, & parentes aliqua saltem ex parte, sicut diximus, instituti) placet, cessante inofficiosi querela, id, quod deest, usque ad quartam legitimam suppleri, quamvis de eo testator nihil (*u*) caverit. Sed etsi quis relictum, aut inter vivos sibi donatum, ut id ei in quartam imputaretur, post obitum defuncti agnoverit, aut retinuerit, non idcirco tamen impedietur actione expletoria, id, quod legitimæ deest, condicere, nisi agnoscens adiecerit, nullam sibi superesse de repletione (*x*) quæstionem. Plane si quid donatum sit inter vivos ea lege, non solum ut is, qui queri poterat, id in quartam reputaret, sed etiam, ut renunciaret querelæ, tale pactum ceteris quidem nocebit omnibus, non nocebit liberis, qui ex sententia Papiniani meritis magis ad obsequia paterna provocandi, quam pactionibus adstringendi (*y*) sunt. Postremo, si qua conditio, adjectiove moram, aut onus relicto injiciat, ea usque ad quantitatem legitimæ

(*f*) *l.* 8. §. *quoniam*, *ff.* §. *ult. Inst. hoc tit.*

(*g*) Item debita portio. *d. l.* 8. §. *unde*. debitum bonorum subsidium. *l.* 5. C. *de inoff. don.* debitum naturale. *l.* 36. §. *ult.* C. *hoc tit.* unde DD. eam comparant æri alieno; tametsi vivo patre non debeatur. Mynſ. 4. *obſ.* 25. Et certe ratione substantiæ est juris naturalis, quia hæreditas eo jure his personis debetur. *l. ult. de bon. damn. l.* 15. *hoc tit.* quamvis ratione quantitatis, & taxationis sit juris civilis. Chiflet. *cap.* 3. cui consequens est, statuto eam augeri quidem posse, & minui; tolli autem in totum non posse, quæ receptior opinio. Mynſ. 5. *obſ.* 43. Gail. 2. *obſ.* 122. *n.* 1. & 13.

(*h*) Non attento liberorum numero. *d. l.* 8. §. *quoniam*. *ff.* §. *ult. Inst. hoc tit.*

(*i*) Atque ad hunc modum auxit in omnibus, qui querelam movere possunt. Nov. 18. *c.* 1. *in fin.* Quoad parentes plerique consentiunt, dissentiunt quoad fratres. Vid. Fachin. 4. *cent.* 28. Ant. Fab. 11. *err.* 9.

(*k*) *d.* Nov. 18. *c.* 1. Igitur si quinque sint liberi, hi in divisione semissis plus ferent, quam quatuor in divisione trientis, quod notandum Chiflet. *c.* 6. Battand. *c.* 4. 6.

(*l*) Quod testator cuicumque debuit. *l.* 6. *in pr. l.* 8. *ad l. Falc.* item funeris impensa, & pretiis servorum manumissorum. *l.* 8. §. 9. *hoc tit. de inoff. test.*

(*m*) Etiamsi non ex judicio testatoris, cujus generis est quarta impuberis adrogati, & emancipati. *d. l.* 8. §. *si quis impubes*. *eod.*

(*n*) *l.* 8. C. *hoc tit.* qualia sunt legata, & fideicommissa, mortis caus. donationes. §. *ult. Inst. l.* 25. *ff. l.* 35. §. *ult.* C. *eod.* item quæ mortis ca. capiuntur, per *l.* 91. *ad leg. Falc.* Nov. 15. *c.* 3. *in pr.* non autem ea, quæ exhæredatus rogatus est restituere. *d. l.* 8. §. *unde*, eadem ratio in *l.* 71. *de verb. sign.*

(*o*) *l. quoniam*, 29. Cod. *hoc tit.* Æquum enim visum est, ut quæ vicem legitimæ interim tenent, in eam imputentur. Chiflet. *cap.* 14. Aliud in impensis in festivitatem nuptiarum factis statuit Gomeſ. in *l. Tauri*, 29. *num.* 15.

(*p*) Idest, muneris, aut officii, unde certum stipendium percipitur, quod & vendi, & æstimari potest, vide Læl. Taurell. de militis ex casu. Ræv. 3. *conj.* 3. Hoc lucrum imputari traditur in *l.* 30. §. *ult.* C. *hoc tit. l. pen. in pr.* C. *de collat.* Quid si pater quid impendit pro filio ad consequendum gradum doctoræ, aut licentiæ? Verius est non imputari per *l.* 1. §. *sed an.* 16. *de collat.* Chiflet. *d. loc.* Battand. *c.* 11. *n.* 34. uti nec alii studiorum sumptus. Gomeſ. *d. loc. n.* 16.

(*q*) *l. si quando*, 35. §. *ult.* C. *l.* 25. §. *ult. ff. hoc tit.*

(*r*) *l. pen. in fin. pr.* C. *eod.* Utrum autem id verum sit de omni substitutione vid. Battand. *d. c.* 11. *n.* 28. & *seqq.* Chiflet. *dict. cap.* 14. Cucchum, §. *quæ imputentur*. *pag.* 136. & 169.

(*s*) Nov. 115. *c.* 3. & 4. Quare nec tunc in quartam imputabuntur relicta; alias agendum esset ad supplementum; atque hæc est recepta DD. sententia.

(*u*) *l. omnimodo*, 39. C. § 3. *Inst. h. tit. d.* Nov. 115. *c.* 5. *in pr.* quæ actio ad supplementum non quinquennalis est, uti querela, sed perpetua. Mynſ. 2. *obſ.* 72. Gail. 2. *obſ.* 23. Vig. in §. 3. *Inst. hoc tit.*

(*x*) *l. si quando*, 35. §. 2. Cod. *eod.* Causa dubitandi, quia agnoscendo relictum, aut donatum retinendo, videatur reliquo juri renunciare.

(*y*) *d. l. si quando*. §. 1. C. *eod.* Consule porro de renunciatione, & remissione legitimæ Chiflet. *c.* 17. Cuer. §. *legit. nullum gravamen*, *nu.* 46. & *seq.* Ant. Fab. 14. *err.* 9. & 10.

tima (z) subducuntur. Horum pleraque contra juris rationem a Justiniano primum constituta sunt.

CAPUT XXIX.

Adversus quorum testamenta querela ab initio non detur; cœpta quibus modis amittatur, tum de ordine, & successione.

COmpetit ergo querela ex causa inofficiosi testamenti, & competit non aliis, quam quos diximus, liberis, parentibus, fratribus. Sed neque in his ipsis hoc perpetuum. Dupliciter accidit, ut nihilominus a querela excludantur: alias conditione personæ testatoris; alias querelæ amissione, quæ duo secundo loco a nobis examinanda. Conditione personæ duorum testamenta querelæ non obnoxia: testamentum impuberis, seu substitutio (a) pupillaris; item militis, quamdiu meret, non solum patrisfam. sed etiam filiifam. testantis de peculio (b) castrensi. Idem quoque privilegium postea quasi militantibus datum, sed filiisfam. tantum (c) in quasi castrensi peculio: exceptis ecclesiasticis, quos docet ceteris pietate, & charitatis officiis † prælucere. Amittitur querela semel competere cœpta, aut facto ejus, cui competebat, aut casu. Facto dupliciter: repudiatione querelæ, & judicii defuncti agnitione. Repudiatione amittitur, ut jam amplius repeti non possit, cum is, cui delata erat, ea se uti nolle (d) ostendit; ut tamen fraude hæredis circumvento (e) succurratur, hæredique ejus detur actio de (f) dolo; judicium defuncti agnoscens testamentum hoc ipse comprobare (g) intelligitur, & querelæ tacite renunciare, & olim quidem quacumque in re judicio defuncti agnitio, querela amittebatur, non solum in hæredis institutione, sed etiam in legato, sive id tamquam sibi relictum exhæredatus peteret, sive relictum alii, illius nomine peteret, defenderetve, sive relictum a legatario acciperet, aut etiam aliquod caperet mortis (h) causa. Hodie vero in institutione hæredis tantum, si is, qui queri potest, hæredem scriptum pro hærede verbis, aut facto aliquo agnovit: puta res hæreditarias ab hærede emendo, conducendove, aut solvendo, quod defuncto debuit; cujus generis item factum est, si quid conditionis implendæ causa ab hærede (i) acceperit. In legato prioribus Justiniani constitutionibus jus vetus hactenus immutatum, ut quicumque alias queri potuissent, hoc ipso excludantur, quod legatum illis relictum sit, quamvis id non agnoverint; ceterum accepto eo, quod relictum est, ad supplementum ejus, quod legitimæ deest (k) agere possunt. Novissimo autem jure ad excludendos a querela liberos, & parentes, iterum agnitio legati desiderari cœpit, si nihil illis titulo hæreditatis (l) relictum est, salva semper, si quid debitæ portioni deest, actione expletoria. Ut igitur semel complectamur omnem juris veteris, & novi hac in parte differentiam, triplex discrimen observetur. Primum hoc est. Olim si minus legitima relictum esset, licebat, repudiato legato (m), agere

(z) *l. quorum*, 32. *l.* 36. §. 1. C. *hoc tit.* add. Gail. 2. *obs.* 119. Bertrand. *c.* 10. Gomes. 1. *res.* 11. *n.* 24. & *seqq.* late Cuch. in *d.* §. *pag.* 339. & *seqq.*

(a) Substitutio pupillaris excludit hæredes legitimos, etiam ipsam matrem. *l. Lucius*, 45. *de vulg. & pupill.* neque mater dicere potest inofficiosum filii testamentum; quia hoc ei pater fecit. *l.* 8. §. 5. *hoc tit. de inoff.* Dubitatur tamen an tacita pupillaris æque matrem excludat, atque expressa; sed verius est excludere per *l.* 2. *l.* 4. C. *de imp. & al. subst.* nisi in quæstione voluntatis alia nos trahat conjectura; ut in specie *l. ult.* C. *de inst. & subst.* utriusque enim substitutionis eadem vis. *l.* 4. *de vulg. & pupill.* & intellecta voluntas eodem jure censetur, quo expressa per *l.* 4. *in fin.* C. *ad Trebell.* Ant. Fab. 15. *conj.* 19. Negato autem jure succedendi, & impugnandi testamentum, negatur etiam jus petendi legitimam, Add. Chiflet. *c.* 10, Vig. ad *pr. Inst. de pup. subst.* Dou. in *l.* 8. *Cod. de imp. & al. subst.* Diss. comm. DD. & cum iis Cujac. 12. *obser.* 27. Fachin. 4. *controv.* 40.

(b) Quamvis jure communi. *l.* 8. *l.* 24. C. *l.* 27. §. 2. ff. *hoc tit.* Veterano autem facto patrif. hoc privilegium adimitur. *l.* 8. §. 3. *hoc tit.* Hodie querelæ subjacere etiam militaria testamenta statuunt DD. in *Auth. ex caus.* C. *de lib. præt.* sequitur Duar. *c. ult. hoc tit.* Coras. 6. *miscell.* 11. contra Vig. in §. *sed si. Inst. de exh. lib.* Fach. 6. *cont.* 74.

(c) Non soli personæ militis togati hoc privilegium concessum, sed etiam peculio ejus, proinde amisso nomine peculii, quod fit cum sui juris efficitur, placet etiam privilegium amitti. *l ult.* §. 1. & 2. C. *eod.* Hodie sola militaria testamenta immunia esse a querela existimat Fach. *dict. loc.*

† *Nov.* 123. *c.* 19, *Auth. Presbyteros*, C. *de Episc. & Cler.* Horum igitur testamenta querelæ obnoxia. Vid. Fach. 6. *cent.* 79.

(d) *l.* 17. *hoc tit.* etiam tunc, cum jam ordinata querela litem deseruit. *l.* 8. §. 1. *l.* 15. §. 1. *eod.*

(e) *l.* 21. *l.* 27. *in pr. eod.* Igitur & hærede ejus, si repetita querela decesserit.

(f) Nam si ante repetitam querelam decesserit, hæredi non datur; quia querela non præparata ad hæredem non transmittitur. *l.* 6. §. *ult. l.* 7. *l.* 15. §. 1. *eod.* sed superest hæredi actio de dolo, quæ sententia *l.* 6. C. *de transact.* Duar. *c.* 17. *hoc tit.* Cujac. ad *d. l.* 27.

(g) *l.* 8. §. *si conditioni*. *l.* 23. §. 1. *l. ult.* ff. *de inoff.* junct. *l.* 9. *de neg. gest. cap. qui semel de reg. jur. in* 6.

(h) *l.* 10. §. 1. *d. l.* 8. §. *si conditioni*. *l. penult.* §. *ult. eod.* nec referebat per se caperet, an per alium. Duar. *d. c.* 17. Connan. 9. *comm.* 9.

(i) His enim factis omnibus, hæres scriptus pro hærede agnoscitur. *d. l.* 23. §. 1. *l.* 8. *si conditioni*.

(k) Ut hic querelam non agnitio legati, sed ipsum legatum excludat. *l. omnimodo*, 30. C. *eod.*

(l) Hic vice versa non legatum, sed agnitio legati excludit querelam; at eadem agnitio non excludit actionem ad supplementum. *Nov.* 115. *cap.* 5. add. Gail. 2. *obs.* 120. *n.* 11. ac ne tunc quidem, cum testator jussit, filium suum relicto contentum esse, & filius id accepit sine protestatione. Ant. Fab. *Cod. suo. hoc tit. definit.* 10.

(m) Cui actioni semper locus erat, si tota legitima non erat relicta, nisi adjecta esset clausula, ut boni viri arbitratu suppleretur. §. 3. *Inst. l.* 23. C. junct. *l.* 4. *Cod. Theod. hoc tit.*

agere de inofficioso; hodie non licet, sed, legato admisso, agitur ad (*n*) suppletionem. Secundum est. Olim agnitio legati etiam minimi excludebat non tantum querelam, sed omnem omnino petitionem reliqui. Hodie ita querelam excludit, ut salva maneat ejus, quod legitimæ deest (*o*) petitio.

Postremum est. Olim, qui rogatus erat legatum alteri restituere, non prohibebatur, eo agnito, & restituto, de inofficioso queri. Hodie quiescente querela, id onus subducitur, proinde quasi ad modum legitimæ nec restituere jussus (*p*) esset. Quid autem si quis non sibi, sed alii relictum agnoverit? finge Advocatum se ei præbuisse, aut rem eamdem legatarium exhæredato, aut præterito legasse, aut successionis jure ad eum pervenisse? Et hic olim placebat, cessare querelam, quasi judicio defuncti etiam ex institutione comprobato, qua sublata, cetera quoque, ut tum jus erat (*q*), corruebant. Verum commutata est juris ratio, postea quam placuit, rescisso quoad institutionem testamento, legata posse (*r*) consistere. Quo jure posito, constanter dicimus sola legati, quod alii relictum est, agnitione non comprobari institutionem (*s*) hæredis, ac proinde non prohiberi eum, qui agnovit, pro jure suo de inofficioso queri. Idemque probamus etiam in iis, quæ mortis causa à legatario capiuntur.

Casu quoque extinguitur querela, & duobus modis: tempore, & morte. Tempore extinguitur, si quis per (*t*) quinquennium ab (*u*) adita hæreditate computandum conquieverit. Certum autem, & moderatum tempus hæredi constitutum est, intra quod adeat hæreditatem (*x*), aut repudiet. Mortis idem effectus, sed querela nondum (*y*) præparata, alioqui ad hæredem transmittitur. Præparata intelligitur tribus hisce modis: litis contestatione; animi ad querendum inclinantis (*z*) testificatione; agnitione bonorum (*a*) possessionis. Exceptus est hoc loco filius defuncti, quem decedentem ante aditam hæreditatem placuit querelam etiam non præparatam in liberos suos transmittere (*b*).

Hisce exceptionibus remotis, manebit illud jus, quod diximus, in liberis, parentibus, fratribus immerito præteritis, aut exhæredatis. Quod si porro quærimus, quod in quæstione, proposita postremum est, quis cui in querela præferatur, si adversus omnes simul testamentum dicatur inofficiosum, in promptu responsio est, eodem ordine ad querelam quemque admitti oportere, quo vocantur liberi, parentes, fratres defuncti ad successionem (*c*) ab intestato. Perinde & si de successione in querelam quæritur, si forte is, qui primo loco admittitur, accusare nolit, aut non possit, dicemus priore gradu deficiente sequentem (*d*) admitti, quæ ratio est successionis ab intestato, ad cujus causam, querela perlata, res redituta est. Sane in ordine una differentia esse potest; nam etsi novo jure fratres una cum parentibus ad hæreditatem intestati vocantur, non putarem tamen ad querelam pariter admittendos. At testamento inofficioso pronunciato, non ineleganter defendi potest, parentum victoriam fratribus quoque prodesse, atque adeo etiam fratrum filios cum parentibus, & fratribus defuncti ad successionem jure novissimo vocari (*e*).

CA-

(*n*) *d. l. omnimodo*, Cod. *eod.* cujus *l.* quasi quædam, gloss. est *l. scimus*, 36. *in pr.* C. *eod.* add. VVesemb. in *d.* §. 3. *lit. g.*

(*o*) Nisi agnoscens professus sit, se relicto contentum, de reliquo quæstionem remittere, *l.* 35. §. 2. C. *eod.*

(*p*) Hoc, & quod præcedit repete ex *l.* 10. §. 1. *ff.* junct. *d. l.* 35. §. 2. C. *eod. d. l.* 10. *in fin.* junct. *l.* 32. Cod. *eod.*

(*q*) *l. pen.* §. *ult. eod.* junct. *l.* 9. *de test. tut. l. cum quam*, C. *de fideic.*

(*r*) Nov. 115. *c.* 3. *in fin. & c.* 4. *in fin.* unde *Auth. ex causa*, C. *de Lib. præt.*

(*s*) Nam ex duabus rebus diversis, quarum una sine altera esse potest; qui unam probat, non ideo intelligitur probare & alteram. *arg. l.* 10. C. *de prob.*

(*t*) *l. si quis*, 34. *in fin.* C. *hoc tit. l.* 2. C. *in quib. ca. rest. in int. nec non est.* Idemque esse etsi per modum exceptionis intentetur, vult Gomes. 1. *resol.* 11. *n.* 20. Non tamen currit hæc præscriptio agere impedito propter moram alterius judicii. *l.* 16. C. *eod.* Duar. *hic c.* 11. *circ. fin.*

(*u*) Modestinus a morte computari volebat, sed merito probata est Ulpian. sententia. *l. pen.* §. 2. Cod. *eod.* cum nec ante aditam hæreditatem querela nascatur. *l.* 8. §. *si condititioni*, *ff. eod.* junct. *l.* 1. *in fin.* C. *de ann. exc.* add. Gomes. *d. loc. n.* 18.

(*x*) Hoc ideo, ne hæres scriptus morando aditionem efficiat, ne queri possit exhæredatus. *d. l. pen.* §. 2.

(*y*) *l. si quis*, 34. *d. l. pen.* C. *eod. l.* 7. *ff. eod.* Cujus rei hæc forte ratio, quod cum incertum sit, voluerit ne defunctus judicium parentis convellere, an patientia honorare, exemplo Aphroniæ illius, de qua Valer. Max. *lib.* 7. *c.* 8. in dubio pro testamento interpretatio fiat. Connan. 9. *com.* 6.

(*z*) De primo modo est in *l.* 6. §. *ult.* de secundo in *l.* 7. *eod.* & hoc modo præparata intelligitur, si quis vel comminatus tantum accusationem fuerit, & vel usque ad denunciationem processerit. *d. l.* 7.

(*a*) *l.* 2. C. *eod.* Estque hæc ea, quæ dicitur litis ordinandæ gratia. *d. l.* 8. *in pr.* non nova, aut extraordinaria bonorum possess. species; ubi enim de ea quid propositum legimus? sed ordinaria, quæ agnoscitur ab intestato per ea, quæ *cap. præced.* add. VVesemb. in *rub.* C. *h. tit. n.* 77. Govean. 1. *var. lect.* 6.

(*b*) *d. l. si quis*, 34. C. *eod.* In aliis nihil immutatum. add. Pet. Greg. 44. *synt.* 4. *n.* 20. Chiflet. *c.* 9.

(*c*) De ordine succedendi ab intestato dictum est *lib.* 1. *cap.* 64. *& seq.* Vide obiter *Auth. in successione*. C. *de su. & leg. Auth. defuncto*, C. *ad S. C. Tertyll. Auth. cessante*. *Auth. post. fratres*. C. *de legit. her.*

(*d*) *l. pen. in pr. hoc tit.* Exemplum de patre in locum filii succedente in *l.* 14. *eod.* Si pater, ergo multo magis nepos, cujus causa potior, atque hæc est sententia melioris partis interpretum. Diss. Gomes. 1. *resol.* 11. *num.* 21. Alc. 4. *paradox.* 16. *per l. si quis*, 34. C. *hoc tit.* vid. Don. 19. *com.* 7.

(*e*) Per ea, quæ habet Bachov. in *not. ad Treutl. vol. disp.* 23. *thes.* 4. *lit. d.* Diss. plerique, & cum iis Vigil. Vult. *in pr. Inst. hoc tit.* quasi hoc pacto fraus legi fieret: falso; cum maxime sit ex sententia legis, ut fratres una cum parentibus, &c. ab intestato succedant. Nov. 118. vid. *cap. seq.* Nobiscum sentiunt Joan. Fab. Ang. Baro. Mynsi. ad *d. loc.*

CAPUT XXX.

Adversus quem, qua de re, cujus rei obtinendi gratia querela detur.

Cui competat querela diximus: adversus quem detur, qua de re; & cujus rei causa videamus. Datur adversus eos, qui hæreditatem pro hærede, aut possessore sibi adserunt ex testamento, quod inofficiosum dicitur. In eo numero sunt hi tres: hæres (*f*) scriptus; scripti hæres; (*h*) fideicommissarius. Neque quidquam hic hæredi prodest, aut amplitudo, aut favor, aut sanguinis (*i*) conjunctio. Plane si quis ex liberis una cum extraneo institutus sit, & is, qui præteritus est, portionem suam ab extraneo illo consequi valeat, extraneus solus huic judicio obnoxius erit (*k*).

Quid quisque de inofficioso agens, & quantum petere debeat, satis intelligitur ex ipsius querelæ definitione; nam si querela petitio hæreditatis est, certum est per eam hæreditatem peti; si petitio hæreditatis tamquam ab intestato delatæ, consequens est, tantum quemque per eam vindicare debere, quantum intestato patrefam. esset habiturus. Quod si ex pluribus, qui ab initio concurrere poterant, aliqui repudient querelam, aut tempore, fatove amittant, ii partem ceteris non (*l*) facient; ut in hac quoque parte petitio legitimæ hæreditatis eluceat: cujus hæc regula est, ut deficientis hæredis legitimi portio reliquis, qui suam agnoverint, accrescat (*m*)

Finis querelæ duplex: unus subordinatus, ut testamentum rescindatur; alter summus, ut, eo rescisso, obtineatur tamquam ab intestato hæreditas. Hosce fines in omni parte testamenti etiam effectus juri consentaneus olim sequebatur. Hodie vero alium habent in hæredum institutionibus; alium in rerum singularum relictis. Et priorem quidem finem etiam hodie hoc Judicium assequitur circa institutionem hæredis; nam & novo jure institutio (*n*) rescinditur, tamquam ab homine non sanæ mentis facta, post quam rescissionem omnia perinde quoque habentur, ac si hæreditas a scripto hærede adita non (*o*) esset. Igitur si tota petetur hæreditas, tota etiam rescindetur institutio; si pars tantum, rescindetur pro ea tantum parte, quæ (*p*) petitur; & quamvis ratio juris refragari videatur, tamen absurdum videri non debet, sententia Judicis fieri, ut quis pro parte intestatus decessisse (*q*) videatur. Alter finis, propter quem prior expetitur, hic est, ut (*r*) hæreditas inde obtineatur, quem & ipsum effectus juris sequitur, cum aliqua tamen moderatione. Nam qui vicit, is a scripto quidem hærede, nisi fuerit provocatum, hæreditatem semper evincit; adversus alias autem non obtinebit, nisi ipse solus ab intestato (*s*) hæres sit. Exemplum esto. Filius emancipatus, patre præterito, & liberis exhæredatis, decessit; præcedit causa liberorum; pater nihilominus occupans agit, cumque non repelleretur, etiam obtinuit. Hic pater, victo quidem hæredi scripto, evincere hæreditatem propter rem judicatam potest; at si liberi postea veniant, & hæreditatem sibi vindicent, victoria patris solis proderit liberis, non quod sententia (*t*) eos hæredes, sed quod intestatum patremfam. faciat, in cujus mortui legitima successione primam liberorum esse causam lex voluit. Pari ratione, immo fortiore dicendum est, etsi pro parte hæres de inofficioso questus adversus totum testamentum obtinuerit, sententiam non ulte-

(*f*) Et is quidem sine controversia. *l.* 25. §. 1. *l.* 27. §. *pec. l.* 29. *in pr. ff. hoc tit. de inoff. l.* 10. *l.* 13. *Cod. eod.*

(*g*) Aliusve, qui in ejus locum successit, ut Fiscus. *d. l.* 10. *Cod. eod.* Ceterum adversus particularem successorem, veluti legatarium, judicium hoc universale non datur.

(*h*) *l.* 1. C. *eod.* nam & hic vi, & effectus hæres est. *l.* 6. *restituta*, *Inst. de fid. her.*

(*i*) Vid. *l.* 8. §. 2. *l. pen.* §. 1. *eod.* Nec pia causa, aut Religionis intuitus, facit *l.* 1. *ff. ad leg. Falcid.* junct. *d. l.* 8. §. 9. *hoc tit.* Gail. 2. *obs.* 119. *nu.* 4. *& seqq.* nec quod hæres scriptus sit miles. Connan. 9. *comm.* 8.

(*k*) *l.* 19. *eod.* quæ lex admodum obscura est, & inter damnata numeratur, teste Duar. *cap.* 12. *hoc tit.* sed optime eam explicat Don. 19. *com.* 8.

(*l*) *l.* 17. *in pr. eodem.* Hoc est, repudiantium portio accrescet ceteris, qui querelam retinent. *l.* 23. §. *ult. eodem.* Non obstat responsum Pap. in *d. l.* 8. §. *quoniam.* neque enim ibi duo proponuntur, quibus ab initio querela competebat, sed quorum alter ob quartam relictam querela exclusus; huic non mirum est, alterum, tametsi non queratur, partem facere, quia jus accrescendi nonnisi inter eos, qui ad eamdem hæreditatem vocantur; legitima autem non hæreditatis quota, sed bonorum est, sed etsi hæreditatis pars esset, idem tamen dicendum foret, quia non ab intestato, sed ex testamento habetur: alii minus se expediunt, ut Chiflet. *c.* 7. Fachin. 4. *conject.* 31.

(*m*) *l. si ex plurib. de suis, & leg. hered.* De jure accrescendi in hæreditate diximus in genere *lib.* 1. *c.* 44.

(*n*) Nov. 115. *cap.* 3. *in fin. & cap.* 4. *in fin.* cujus summa expressa est in *Auth. ex causa*, C. *de lib. præt.*

(*o*) Qui querelæ inter alia effectus. *l.* 6. §. 1. *l.* 21. §. *ult. hoc tit.*

(*p*) Quod variis exemplis declaratur in *l.* 25. §. *ult. l.* 19. *l.* 29. *eod.*

(*q*) *d. l.* 15. §. *ult. l. circa*, 24. *eod.* etenim rei judicatæ standum. *l.* 17. *in fin. pr. eod.* nec sententia Judicis certa parte definita ulterius porrigi potest, quo alteri noceat. *l.* §. *de postul.* alias ne ex post facto quidem pro parte intestatus quis fieri potest. *l.* 7. *de reg. jur. l. qui ex duobus*, §. 1. *de acq. her. l.* 19. §. 2. *de cast. pec.* Duar. *cap.* 12. *hoc tit.* Pet. Fab. ad *d. l.* 7.

(*r*) Quæ idcirco etiam dicitur per querelam ab intestato peti. *l. mater, hoc tit.*

(*s*) *l. cum qui*, 21. §. 2. *l.* 6. §. 1. *eod.*

(*t*) Ut hic non ex sententia succedatur contra regulam, res inter alios judicata, &c. sed ex dispositione legis. *dict. leg.* 6. §. 1. Pac. 3. *quæst.* 31. Connan. 9. *com.* 9.

ulterius ei prodesse, quam pro parte sua; pro reliqua autem parte beneficium victoriæ ad cohæredes legitimos (*u*) redundare; nisi forte, verbi causa, ex duobus fratribus alter facto suo querelam amiserit, quo casu alteri, qui egit, & obtinuit, portio deficientis (*x*) accrescit. In rerum singularum relictis, puta legatis, fideicommissis, & libertatibus, non idem hujus judicii effectus. Id effectum novella Justiniani constitutione, qua cavetur, ut rescissa ex causa inofficiosi institutione, cetera capita omnia firma (*y*) maneant. Quibus paucis verbis, sublato jure veteri, quo rescindebantur omnia, quæ testamento adscripta (*z*) erant, supervacua constituuntur quæcumque de conditionibus, & cautionibus ad legatorum, & libertatum rescissionem pertinentibus jure veteri (*a*) prodita sunt. Postremo præter finem hujus actionis & hoc notabile, quod cum quis (*b*) suo nomine improbe querelam intentavit, & præsens victus est, ea, quæ (*c*) testamento ei relicta sunt, amittat, & quasi indigno ablata Fisco vindicentur (*d*).

C A P U T XXXI.

De inofficiosis donationibus, exemplo inofficiosi testamenti, revocandis.

Querela inofficiosæ donationis etsi petitio hæreditatis non est, sed species quædam revocationis donationum inter vivos, tamen cum comparata sit confirmandæ querelæ inofficiosi gratia, ad quam eludendam inofficiosæ donationes (*e*) instructæ sunt, non patitur mutua ea, quæ inter hæc duo intercedit affectio, alterum ab altero separari. Cum igitur inofficiosæ donationes excogitatæ essent ad portionem legitimam iis, quibus ea debetur, exclusa querela invertendam, huic fraudi occursum est opportuno remedio, quo immodicæ hujusmodi donationes, quatenus debitum bonorum minuunt, in subsidium revocarentur, constituta in eam rem querela inofficiosæ donationis, ad exemplum, & similitudinem inofficiosi testamenti. Hæc summa est. Expendamus singula. Tria sunt in remedio proposito consideranda: res, quæ revocatur; quantitas revocationis; revocandi modus. Res, quæ rescinditur, est (*f*) inofficiosa donatio. Ea igitur quid sit, ante omnia constituendum. Donatio inofficiosa est (*g*) donatio inter vivos, quæ iis, qui de inofficioso queri poterant, debitam (*h*) portionem aufert, quam in bonis defuncti habituri essent, si donatio facta non fuisset. Hanc donationem revocari cum dicimus, duo dicimus: primum id, quod verba exprimunt; deinde non revocari eam, quæ non sit inofficiosa, sed intra legitimum modum consistat. Prius ita coerceatur, nisi donatoris facultates in tantum postea creverint, ut relictæ portionem legitimam (*i*) conficiant. Alterum perpetuum, quocumque casu, quod reliquum est bonorum perierit; cum sufficere debeat, quod eo tempore, quo facta est donatio, non fuerit (*k*) inof-

---

(*u*) Ex definitione *d. l. 6. §. 1.* finge hoc modo: duo sunt filii a patre exhæredati, qui soli ab intestato futuri erant hæredes; unus, cum forte frater absens nunciaretur mortuus, solus egit, & obtinuit; dicemus hanc victoriam etiam fratri absenti pro parte sua prodesse. *arg. d. l. 6. §. 1.*

(*x*) *l. si pœnas, 25. §. ult. eod.* eoque pertinet species a Paulo proposita in *l. 17. eodem. facit l. sicut, Cod. de rep. her.*

(*y*) *d. Auth. ex causa. C. de lib. præt.* vid. *lib. 1. c. 35. in fin.*

(*z*) *l. 8. §. pen. l. 9. l. 13. eod.* convenienter rationi juris. *l. 5. de test. tut. §. ante hæredis. Inst. de leg.* junct. *l. cum principalis. de reg. jur.* quæ nunc hac parte immutata.

(*a*) Vid. *l. 17. §. 1. l. 29. in pr. & §. 1. l. 8. §. ult. l. 9. eod.*

(*b*) Secus si alieno, ut tutor pupilli, pater filii nomine. *l. 22. §. 1. l. 30. §. 1. hoc tit.* aut si quis causam a decessore suo inchoatam peregerit. *d. l. 22. §. 1.*

(*c*) Non autem si quid jure ei debeatur, ut quarta D. Pii. *d. l. 8. §. 5.* aut si quid ei donatum a vivo testatore, quamvis mortis causa. *l. 5. §. qui mortis, de his, quæ ut indig.*

(*d*) *d. l. 8. §. meminisse*. add. Duar. *cap. 15. hoc tit.* Connan. *9. comm.* 10.

(*e*) Exhausto immodica donatione patrimonio, querela inofficiosi eluditur, legitima iis, quibus debetur, intervertitur, sive donator eos hæredes instituat, sive intestatus decedat; nihil enim his relinquitur præter nudum nomen hæredum; nec querela datur nisi præteritis, aut exhæredatis. *Instit. de inoff. in pr.* Sed etsi alium hæredem instituat, querelam tamen inutilem facit inofficiosa donatio, ut ne sic quidem præteriti quicquam consequantur, præter nomen inane hæredum. *l. 3. C. h. tit. de inoff. don.* Hinc est, quod inofficiosæ donationes instructæ dicuntur ad querelam eludendam, excludendam. *l. 1. l. 7. C. eod. l. Titia, 87. §. Imperator, d. leg. 2.*

(*f*) Sic dicta, quod facta sit non ex officio pietatis, quomodo & inofficiosum testamentum. *l. 2. ff. de inoff. test.* dicitur & immensa, immodica, immoderata. *l. 3. l. 4. l. ult. C. hoc tit.*

(*g*) Contractus igitur onerosi utrinque obligatorii huc non pertinent, nisi forte simulata, verbi causa, venditio, pretio dicis causa constituto. per *tit. C. plus val. quod ag.* Ant. Fab. in C. *suo, hoc tit. defin.* 6. Perdita quoque per patrem in ludo profuso hac querela revocari posse, hæc cum sit causa lucrativa, censet VVesem. *hoc tit. n.* 28. vid. & Pet. Greg. 4. *synt.* 5.

(*h*) Quia igitur hodie legitima est triens, aut semissis debitæ ab intestato portionis, inofficiosa erit donatio, quæ bessem, aut semissem debitæ portionis excedit, pro numero liberorum.

(*i*) *Nov 92. c. 1. ibi*. In tantum autem aucta quantitate, & hic cessat finis querelæ, qui in *l. 6. C. hoc tit.* Conferri autem debent & priores facultates, & postea acquisitæ, ut ex utrisque in unum collatis integra debita portio conficiatur. add. Ant. Fab. *Cod. suo. hoc tit. defin.* 7.

(*k*) In quo hæc querela distat a præcedenti, ubi a tempore mortis bona æstimantur. *l. 6. C. de inoff.* atque ita gloss. & DD. omnes in *d. l. d. C. hoc tit.* sentire testatur Molin. in *explanata. l. 5. Cod. eod. n.* 41. quod ita coercet Sich. in *d. l. 1. n.* 12. si casu reliquum perierit; secus esse censet, si pater id dilapidaverit ob suspicionem fraudis.

inofficiosa. Hinc etiam hoc dicimus, si ex duabus donationibus posterior sola modum excedat, posteriorem quoque solam esse rescindendam. Neque est contrarium, quod etiam priora legata lege Falcidia pro portione minuantur, nam legata cum ex mortis demum tempore valere incipiant, eodem omnia tempore relicta esse intelliguntur (*l*).

Quatenus donatio revocetur, haud ita in promptu est dicere; nam cum ad similitudinem querelæ inofficiosi hæc revocatio (*m*) introducta sit, consentaneum videtur, ut quemadmodum per querelam inofficiosi tota rescinditur institutio, sic quoque per hanc querelam tota revocetur donatio. Ceterum hoc parum ad (*n*) pugnam. Illud fortius, quod Imperator Alexander rescripsit, donationem totius patrimonii in unum ex duobus liberis collatam pro dimidia (*o*) revocari, nisi dicamus dimidium in hoc rescripto intelligi quartæ partis dimidium, quod verum est, aperteque in eadem specie alia (*p*) rescripto declaratum. Porro autem hoc exemplum satis argumenti est, idem statuendum esse, etsi in extraneos donatio collata sit, cum non persona accipientis, sed immoderata liberalitas inofficiosam donationem faciat; unde ne illud quidem retulerit (*q*) animo donatio facta dicatur, dummodo sit inofficiosa. Quare si generaliter definimus: ex causa inofficiosæ donationis non tantum revocari, quod donatum est, sed pro ea tantum parte, pro qua donatio est inofficiosa, modum scilicet legitimum excedens, & trientem, quibus debetur, adimens.

De modo revocandi sic habe: donationem hanc ipso jure totam consistere, sed quod immoderate gestum est (*r*), rescindi, proposita in eam rem querela ad similitudinem inofficiosi testamenti. Hinc jam elicimus hæc consectaria. Primum, querelam inofficiosæ donationis actionem esse, non utique petitionem hæreditatis, quæ hic esse non (*s*) potest, sed rerum singularum. Secundo dari hanc querelam iis solum, qui & de inofficioso agere potuissent, proinde liberis, parentibus (*t*), fratribus. Tertio dari eodem jure, iisdemque (*u*) conditionibus, quibus ad accusationem inofficiosi eædem personæ admittuntur. Postremo in ordine, & successione, item in amittendo eadem omnia (*x*) observari. Adversus quos, qua de re detur, & cujus obtinendi causa superioribus cognitis pene sua sponte intelligitur (*y*).

Inter donationes etiam dos connumeratur, & certe (*z*) donatio est; quare quod de donationibus inofficiosis constitutum est, merito ad dotes inofficiosas, quæ scilicet patrimonium donantis consumunt, aut bessem excedunt, iisdem legibus revocationis trahitur.

CA-

(*l*) *l. in quantitate*, 73. *ad l. Falc.* consentit Sich. in *d. l.* 1. *n.* 11. Bart. *ibid. n.* 5. Trentacinq. 3. *var. resol. tract. de don. resol.* 5. *n.* 5. *& seqq.* contra tamen judicatum refert Ant. Fab. C. *suo. eod. defin.* 1. & 7.

(*m*) Omnes fere leges hujus *tit. Cod.* hanc comparationem continent, maxime *l. ult.* est tamen inter hæc duo hæc differentia, quod querela inofficiosi impugnatur ultima dispositio, & injuria exhæredationis vindicatur; hac autem querela contractus revocatur inter duos initus, & perfectus, idque ab ipsis hæredibus, quamvis solo nomine.

(*n*) Nam dici potest comparationem hanc non absolute, sed secundum quid accipiendam esse, quatenus una, & similis utriusque querelæ causa, & eadem temporibus, & moribus, de quibus postea.

(*o*) *l. Titia*, 87. §. *Imperator*, *de leg.* 2. solutionem subjectam probat gloss. in *dict.* §. *Imperator*. & Azo in *summa* C. *hoc tit. n.* 4. vide & Pach. 6. *conj.* 84. *in fin.*

(*p*) *l.* 7. C. *hoc tit.* facit etiam hæc ratio; quod cum lex ad certum modum aliquid permittit, si hic modus excedatur, non totum infirmetur, quod gestum est, sed quod illicite dumtaxat. *l.* 21. *de usur. l.* 34. *in fin. Cod. de donat.* Diff. Ant. Fab. 3. *conj.* 57. cujus argumentis plene satisfacit Bach. in *not. ad Treutl. disput. de donat. th.* 7.

(*q*) Plerique tamen ita: Si in extraneos collata sit donatio cum consilio fraudandi, tota revocatur; si sint consilio fraudandi, aut in aliquem ex liberis (sine distinctione) pro parte tantum, quæ distinctio judiciis, & consuetudine publica probari dicitur. Sich. in *d. l.* 1. *n.* 4. Gomes. 2. *var. resol.* 4. *nu.* 13. Covarr. *pr. qu.* 19. *n.* 12. eam tamen reprobat Molin. in *d. l.* 5. *n.* 12. *& seq.* & aliam satis operose adstruit.

(*r*) *l.* 2. *l. ult.* *Cod. eod.* quamquam non improbabilis distinctio Molin. in *d. l.* 5. *num.* 61. nempe ut ipso jure evertatur donatio, quando facta est in fraudem legis pariter, & hominis; ut si totum patrimonium exhaustum per rescissionem, si in fraudem hominis tantum, ut si aliquid superest, in quo providentia legis possit habere locum, quamvis non plene. *arg. l.* 16. *de jur. patr.*

(*s*) Nam petitio hæreditatis non datur nisi adversus eum, qui pro hærede, aut pro possessore possidet. *l.* 9. *de hær. pet.* hæc autem querela datur adversus possidentem tit. singulari.

(*t*) Et his quidem non simpliciter, sed si donatio collata sit in turpem personam. argum. *dict. l. ult. Cod. hoc tit.*

(*u*) Igitur & ingratis deneganda *l.* 5. *Cod. eod.* nec danda, si alia ratione legitima obtineri potest. *l.* 2. *l.* 4. *Cod. eod.* nec transmittetur ad extraneos, nisi præparata. Trentacinq. 3. *pract. resol. tit. de donat. resol.* 4. *num.* 14.

(*x*) Ac proinde idem ordo, & successio eadem, quæ in legitima hæreditate; amittetur autem repudiatione, agnitione. *l.* 6. *C. eod.* lapsu quinquennii; ita verba *d. l. ult.* eadem temporibus exponunt gloss. & DD.

(*y*) Illud tamen non satis expeditum, an detur contra singularem successorem. VVesemb. C. *hoc tit. n.* 24. censet dari contra omnes, ad quos res tit. lucrativo pervenerunt, in quantum inde locupletiores facti.

(*z*) Præsertim cum nullo jure cogente datur. *l.* 29. *de don.* & quamvis causa dotis non est absolute lucrativa. *l. un Cod. de imp. lucr. descr. lib.* 10. tamen quatenus congruum modum excedit, lucrativam esse etiam respectu mariti censet Molin. *tract. in contr. matrimon. fact. num.* 54. §. *l. un. Cod. de inoff. dot.* de quo pluribus Molin. in *d. l.* 5. *Cod. de inoff. don. n.* 73. *& seqq.* Sichard. in *d. l. un.* Afflict. *dec.* 88. ibique Caf. Urfill. in *annot.*

CAPUT XXXII.

De petitione hæreditatis.

SPecies petitionis hæreditatis, querela inofficiosi testamenti, separatim a genere ob eas, quas diximus, causas cognoscenda fuit. Qua occasione deinde altius provecti simul inofficiosam castigavimus liberalitatem. Venio nunc ad ipsum petitionis genus, quæ communi appellatione dicitur petitio hæreditatis. Eam sic licet definiamus. Petitio hæreditatis est actio in rem, qua hæreditatem nostram petimus, & per hæreditatem res singulas hæreditarias ab eo, qui quid earum sine causa possidet, ut restituatur. Petitionem hæreditatis actionem in rem esse satis manifestum (*a*) est; per eam enim rem nostram petimum ab eo, qui eam possidet. At enim ita in rem, ut nihilominus habeat duas præstationes (*b*) personales, pretii ex rebus distractis confecti, & pecuniæ a debitoribus hæreditariis exactæ; de quibus postea. Cetera definitionis ad suos quæque locos remittimus. Videamus ergo cui, adversus quem, qua de re, in quem finem hæc actio detur. Competit hæc petitio ei, qui hæreditatem suam esse intendit, utpote primo sibi delatam, vel testamento, vel lege ab intestato, deinde & acquisitam sive per se, sive per (*c*) alios, puta quos in potestate habet, aut quibus successit. Nec obstabit legitimo hæredi, quod legatum ab hærede scripto acceperit, si modo id (*d*) reddat, nec manifesta calumnia sit. Quod si cui ex edicto bonorum possessio data sit, consultius fecerit, si initio (*e*) interdicto quorum bonorum experiatur ad advocandam possessionem; quæ cautio, atque provisio est magnæ molestiæ, quam alioqui difficultas probationis judicio petitorio adferre posset.

Datur adversus eum, qui quid hæreditarium pro hærede, prove possessore (*f*) possidet. Tria igitur hic exigimus: ut possideat, quod actionum omnium in rem commune est; ut possideat rem hæreditariam; ut possideat pro hærede, aut pro possessore; quæ duo hujus actionis sunt propria. Eorum, qui tamquam possessores teneantur, duo genera: qui rem tenent, tum qui rem non tenentes juris interpretatione pro possessoribus habentur. Qui rem tenent, in duas iterum species divisi; una est eorum, qui vere possident, & affectu domini rem tenent. Altera eorum, qui rei naturaliter incumbentes ejus restituendæ habent (*g*) facultatem. Interpretatione juris pro possessoribus habentur item duo: qui se liti offerens judicium accepit, decepto actore, ignorante (*h*) eum non possidere; item is, qui dolo desiit possidere, cujus parem esse conditionem (*i*) placet in omnibus actionibus, quibus possessio adversarii locum facit, atque ejus, qui possidet. Quapropter fieri potest, ut duo hic simul teneantur, qui dolo fecit, quominus possideat, nec non is, qui possessionem (*k*) occupavit. Ceterum si possessor paratus sit judicium accipere, cum petitoris non intersit, liberabitur is, qui dolo desiit possidere; sicut & liberari eum placet, si petitor rem petitam, aut litis æstimationem a possessore consequutus sit, sublata videlicet omni actione, qua porro experiatur. Quod si cum eo, qui dolo possidere desiit, prius actum sit, & is litis æstimationem petitori solverit, manebit integra adversus possessorem actio, nisi is rem a priori illo (*l*) emerit. Secundo in possessore exigimus, ut saltem rem aliquam (*m*) hæreditariam possideat, quod ex fine petenti proposito satis intelligitur. Venit quidem in

hanc

(*a*) Idque diserte scriptum est ab Ulp. in *l. sed etsi*, 25. §. *antep. ff hoc tit. de hæred. pet.*

(*b*) Quæ efficiunt, ut hæc actio sit mixta. *l.* 22. §. *pen. fam. erc. l.* 7. *Cod. hoc tit.* Ita petitio hæreditatis dicitur actio in rem, quia principaliter per se, & origine sua in rem est, licet exitu nonnulla cum actione in personam communia habeat; sicut e contrario judicia divisoria actionibus in personam adnumerantur, quia origine sua, & essentia in personam sunt, quamvis fine, & effectu nonnihil de actionibus in rem participent. Vid. *cap.* 27. *supra.*

(*c*) *l.* 3. *l.* 10. *hoc tit.* Hoc interest, quod ab eo, cui per se delata est hæreditas, nihil amplius desiderari debet, quam quod hanc actionem intentet, cum hoc ipso adeat, aut pro hærede se gerat. §. *ult. Inst. de hæred. qual.* at si quis tamquam per alium quæsita hæreditate agat, probare debet, eum, ex cujus persona agit, adiisse, cum hæreditas non adita nec acquiratur, nec transmittatur. VVesemb. ad *hunc tit.* C. *n.* 18.

(*d*) *l. postquam*, 43. *eod.* Sic nec is, qui ex testamento petiit, prohibetur ab intestato hæreditatem vindicare. *l.* 8. *ff. l.* 3. C. *eod.* si nempe in facto errans vires testamenti ignoravit. *d. l.* 8. *& ibid.* Costal.

(*e*) *l.* 1. *quor. bon.* VVesemb. *par. quor. bon.* Menoch. *adip. poss. rem.* 1. *n.* 5. cui affine remedium *l. ult.* C. *de ed. D. Hadr. tollen.*

(*f*) Extat hæc definitio in *l. regulariter*, 9. *ff. h. t.*

(*g*) *l. si a domino*, 36. §. 1. *hoc tit.* Ut autem hi teneantur, receptum non ex verbis, sed ex sententia legis, sicut & in rei vindicatione. *l.* 9. *de rei vind.*

(*h*) *l.* 13. §. *non solum*. *l. qui se liti*, 45. *h. t.* junct. *l.* 15. *& seq. de rei vind.*

(*i*) *d. l.* 13. §. *pen. l.* 25. §. *perinde*, *hoc tit. l. qui dolo*, 131. *l. parem*, 150. *de reg. jur. cap. pro possessore. de reg. jur. in* 6.

(*k*) Hic, quia vere possidet; ille, quia juris interpretatione quoad incommoda pro possessore habetur. *d. l.* 25. §. *perinde*.

(*l*) Extat distinctio in hanc sententiam in *d. l.* 13. §. *pen.* apertius in *l. Stichum*, 95. §. *dolo*, *de solut.* Posteriori distinctionis membro non obstat *l. bona fides*, 57. *de reg. jur.* hic enim non bis idem petitur, sed qui æstimationem, ceu pœnam doli prius consequutus erat, nunc rem ipsam petit. add. Cujac. ad *l.* 14. *quod met. cau.* Pac. 3. *enar. q.* 41.

(*m*) Vel minimam. *l.* 9. *& seq. hoc tit.* Gomes. in *l. Tauri*, 45. *n.* 166. vult hanc actionem dari etiam adversus eum, qui nihil hæreditarium possidens contendat se hæredem esse, quod vix est, ut probari possit.

hanc petitionem principaliter hæreditas, sed per consequentiam veniunt etiam res (*n*) singulæ hæreditariæ. Tertium est, ut possidere dicantur duo dispari admodum significatu: unus, qui ipse non hæres rem hæreditariam possidet; alter, qui vere hæres possidet rem non hæreditariam, tamquam hæreditariam, puta casu in bonis defuncti inventam. Priori titulo nihil hæreditarium usucapi potest; posteriori tamquam justo titulo (*o*) potest. Uterque tamen ad hanc petitionem pertinet; nam & posterior in ea re, quam possidet, hæres (*p*) non est. Pro possessore possidet tum prædo, qui nullam aliam caussam possessionis adfert, quam quod possideat, tum is, qui adfert quidem aliquam, sed (*q*) injustam, & inutilem; omnibus enim titulis inutilibus hic pro possessore hæret, & (*r*) quasi injunctus est. Quod si quis (*s*) justo aliquo titulo rem hæreditariam possideat, res vindicanda est (*t*) speciali in rem actione, quæ simpliciter adversus quemcumque possessorem datur. Hanc dissimilitudinem facit dissimile jus petitoris; nam qui speciali in rem actione agit, aut dominus est, aut jus affine dominio habet, cui semper æquum rem (*u*) restitui. At qui hæres, non idem continuo & dominus rei hæreditariæ. Quid enim si defuncto commodata sit, aut apud eum deposita? equidem fieri posse non nego, ut hæres sit idem, & dominus; sed quia contra etiam fieri potest, ut is sit dominus, qui rem justo titulo, puta pro emptore, pro donato, pro legato, possidet, in pari causa possessor (*x*), potior haberi debet. Sed enim hoc ipso, quod quis hæres est, plus juris habet, quam is, qui sine causa possidet, qualis est, qui pro hærede possidet, aut pro possessore, ac nec alios titulos possessio hæreditatis (*y*) admittit. Ut autem actor scire possit quo titulo res possideatur, ne frustra agat, cogitur possessor in jure ante litem contestatam interrogatus titulum possessionis suæ (*z*) edere, secus quam in specialibus in rem actionibus, in quibus id scire nihil (*a*) interest actoris. Atque hoc quidem jus in directa petitione hæreditatis perpetuum; utili omnes tenentur, qui etsi se hæredes esse non dicunt, tales tamen se esse dicunt, quales si vere essent, pro hæredibus haberentur. cujusmodi sunt hi (*b*) tres: bonorum possessor non verus; fideicommissarius, qui hæreditatem a falso hærede accepit: emptor, qui hæreditatem, aut partem universi juris emit a non hærede; sed ita demum emptorem conveniri placet, si aliter res petitori salva esse non potest (*c*).

Res, quæ in hanc petitionem venit, est hæreditas, & per hæreditatem res hæreditariæ. Res hæreditariæ aut corpora sunt, aut (*d*) jura. Corpora rursus aut jam ante a defuncto habita possessave, aut post ejus mortem demum hæreditati (*e*) quæsita. Prioris generis quæ sunt, aut ad jus defuncti pertinuerunt, aut ad periculum ejus dumtaxat. Ad jus defuncti pertinuisse ea (*f*) omnia intelligi debent, quæ in usu juris in bonis esse dicuntur, in quibus scilicet aut non possidens actionem habiturus fuisset, qualia sunt, quæ in dominio ejus fuerunt, quæ pignori ei obligata, bona-

(*n*) Non est necesse, ut reus totam hæreditatem possideat, cum vel unam rem hæreditariam pro hærede tenens totam hæreditatem, & universi juris successionem sibi asserat. Et hic itaque universalis fit petitio necesse est, licet exequutio tantum fiat in re unica possessa. Cacheran. *decis.* 84. *n.* 5.

(*o*) *l. pen. & ult. ff. pro hæred.* junct. *l.* 2. *& ult.* C. *eod. tit.*

(*p*) Idque plane est, quod Ulpian. sentit in *d. l.* 13. §. *Neratius*. cum ait ab hærede peti hæreditatem posse, etiamsi putet eas res, quæ vindicantur, ex ea hæreditate esse, quæ sibi delata est.

(*q*) *l.* 11. *in fin. l.* 12. *l.* 13. *in pr. &* §. 1. *l.* 25. §. 3. *eod.* Obiter hic notandum, quamvis omnis prædo pro possessore possideat, non omnem tamen, qui pro possessore possidet, prædonem haberi, ut si titulum habeat. *d. l.* 13. §. *si quis*. Ant. Fab. 26. *err.* 9.

(*r*) *d. l.* 13. §. 1. idest, omnes hi tituli recipiunt, & in se habent titulum pro possessore, ut qui eos allegat, pro possessore possidere, & hæreditatis petitione teneri intelligatur.

(*s*) Idoneo ad dominium acquirendum; nam qui ex caussa commodati, depositi, locati, &c. rem tenent, recte hac actione conveniri vult Zas. *parat. hoc tit. num.* post. Castr. in *l.* 9. *eod.*

(*t*) *l.* 7. C. *eod. l. pen.* C. *in quib. ca. cess. long. temp. præscr.* add. VVesemb. ad *hunc tit. c.* 27.

(*u*) Semper enim dominus plus juris in re sua habet, quam quilibet justus possessor. *l.* 9. *ff. l.* 3. C. *de rei vind.*

(*x*) *l. in pari,* 128. *de reg. jur.* Et hic conventus allegans titulum singularem potentiori jure nititur, quam petitor, qui in simplici titulo hæreditario se fundat, cum illo etiam possideat. DD. in *d. l.* 9. Sich. in *l.* 2. C. *eod. n.* 5. Zas. par. *ff. eodem, n.* 7. Gomes. in *l. Tauri,* 45. *num.* 158.

(*y*) *d. l.* 9. *ff. d. l.* 7. C. *eod.* Cujac. 10. *obs.* 1. Borch. *de gradib. pag.* 671.

(*z*) *l.* 11. *Cod. eod.* Idque ad commodum actoris, ne frustra litiget; neque enim simplex possessio sufficit, ut in rei vindicatione, sed oportet sit modificata. Azo in *summa Cod. hoc tit. n.* 31. Quando enim non possum agere simpliciter, sed tantum ratione alicujus qualitatis, de ea prius constare debet, ut ex Castrens. Sichard. in *l.* 11. C. *eod. n.* 3.

(*a*) Nam, probante actore, res restituenda, quocumque titulo possideatur; eo autem non probante, manet in suo possessio. §. *retinendæ, Inst. de interd.*

(*b*) *l.* 11. *in fin. pr. l.* 13. §. *sed etsi. &* §. *quid si quis, hoc tit.*

(*c*) Aut si non expediat petitori hæreditatem a venditore peti, quem directa petitione teneri certum est. *dict. l.* 13. §. 4.

(*d*) Atque hæc universa in hoc judicium venire traditur in *l. item videndum,* 18. §. 1. *eod.*

(*e*) Quæ nondum adita defuncti personam sustinet ita ut etiam hæc a defuncto quæsita videantur. *l.* 33. *in fin. & l. seq. de acq. rer. dom.* Nihil igitur obstat definitio hæreditatis. *l. nihil,* 4. *de verb. sign. l. hæreditas,* [illegible] *de reg. jur.*

(*f*) *l. ei qui,* 54. §. 1. *l. & non tantum,* 19. *in pr. &* §. 2. *hoc tit.* junct. *l. rem in bonis,* 52. *de acquir. rer. dom.* add. Vult. in §. *actionum. Inst. de act. n.* 73.

bonave fide ab eo possessa; aut possidens exceptionem veluti jurisjurandi, aut rei judicatæ. Ad periculum defuncti tantum pertinent, in quibus ille custodiam, & bonam fidem debuit, ut res commodatæ, & depositæ; quæ mortuo eo itidem hæreditariæ (*g*) fiunt: nam & periculi defuncti successio est. In posteriore genere sunt hæc quinque: quæ hæreditati (*h*) accreverunt; hæreditati per servos hæreditarios quæsita pecunia ex rebus hæreditariis a possessore (*i*) redacta; res hæreditatis nomine (*k*) comparatæ; postremo fructus ex re hæreditaria (*l*) percepti. At ita demum pecunia in restitutionem hæreditatis venit, si ex ipsa re hæreditaria, aut ex usu ejus redacta sit, non etiam si (*m*) extrinsecus ex facto, puta stipulatione possessoris, profecta. Res quoque hæreditatis causa comparatæ ita demum hæreditariæ sunt, si eo consilio emptæ etiam ex usu sint hæreditati, ut jumenta, aut instrumenta agro hæreditario colendo necessaria; alioqui ne illud quidem, quod ex pecunia hæreditaria redactum est, hæreditarium (*n*) efficitur.

Fructuum appellatio latissime hic porrigitur, ut quæcumque ex rebus hæreditariis percipiuntur, aut proveniunt, adeoque & partus ancillarum hæreditariarum (*o*) contineantur. Percepti autem statim in numerum rerum hæreditariarum recipiuntur, augentque ipsam hæreditatem, ut ne bonæ fidei quidem possessor ullo tempore his quidquam suum percipiendo (*p*) faciat. Sunt, ut proposui, & quædam jura hæreditaria, sive res incorporales, quæ & ipsæ in petitionem hæreditatis veniunt; cujus generis sunt hæc duo (*q*) actio hæreditati quæsita; actio quæsita extraneo possessori ex re hæreditaria. Actio hæreditati quæsita aut a defuncto originem habet, aut post mortem defuncti ab hæreditate, utraque venit in petitionem (*r*) hæreditatis. Peti ergo hæreditas potest ab omnibus debitoribus hæreditariis, tamquam a juris possessoribus, adeo ut nec in diem, nec sub conditione debitor eximatur. Ceterum si ante rem judicatam dies non venerit, cavere saltem hæredi debet de debito, cum dies venerit (*s*) restituendo. Denique actiones quoque possessori ex re hæreditaria quæsitæ, tamquam fructus ex re hæreditaria nati, possessorem petitioni hæreditatis (*t*) subjiciunt, licet subtilitas juris (*u*) refragetur. Servitutes in restitutionem hæreditatis non veniunt, dum nihil eo nomine restitui possit (*x*).

CAPUT XXXIII.

De fine, & effectu petitionis hæreditatis.

Finis hujus judicii alius actori propositus, alius possessori. Actori duplex; medius unus, alter summus. Medius, qui præcedit, hic est, ut actor sententia Judicis hæres pronuncietur. Summus, ut hæredi declarato restituantur res hæreditariæ. Hos fines actor etiam consequitur officio Judicis, in quo cernitur hujus petitionis effectus. Quod si officium Judicis petitioni actoris subservire debet, necesse est, totidem esse partes hujus officii, quot sunt fines actori propositi; nempe duas, quæ eædem respondeant petitioni: unam, ut petitorem, qui se hæredem esse probavit, senten-

(*g*) *d. l.* 19. *in pr.* Hæ res in usu juris magis dicuntur esse ex bonis. *l.* 2. §. *in hac actione*, *vi bon. rapt.* §. *ult. Inst. eod. tit.*

(*h*) Veluti per alluvionem. Item ususfructus rei hæreditariæ, qui finitus ad proprietatem redit. *l. item veniunt*, 20. §. *hoc tit.* quod proxime sequitur, est in *l. perfectum*, 32. *eod.*

(*i*) Cujusmodi est pretium rerum ex hæreditate distractarum. *l.* 16. §. 1. *dict. l.* 20. §. *ait Senatus*, *& duo seqq. l.* 25. §. *petitio*. item litis æstimatio. *d. l.* 16. §. 2. pœna pretii tardius soluti. *l.* 23. §. *ult.* exacta a debitoribus *d. l.* 25. §. *petitio*, *eod.* Hæc enim omnia placet in locum rei succedere. *l.* 22. *eod.* secus est in judiciis specialibus. *l.* 21. *de hær. vend. l.* 48. §. *ult. de furt.* ubi Gothofr.

(*k*) Etsi ex pecunia non hereditaria. *d. l.* 20. *in pr.* Nam cum has res possessor nomine hæreditatis possideat, etiam hæreditati acquirit. *l. traditio*, 20. §. *ult. de acquir. rer. dom.*

(*l*) Et in hoc judicium etiam non petiti veniunt, quippe ipsam augentes hæreditatem. *d. l.* 20. §. 3. *l.* 25. §. *ult. ff. l.* 2. *Cod. hoc tit.* non idem est in judicio singulari, vid. Sichard. in *rubr.* C. *hoc tit. n.* 8. *&* in *l.* 2. C. *eod. n.* 11.

(*m*) *d. l.* 20. §. 5. exempla in *l. at ubi*, 24. *eod.*

(*n*) *d. l.* 20. *in pr. &* §. 1. *l.* 25. §. 1. *eod.* Quamvis ex contrario pecunia ex re hæreditaria quæsita semper fiat hæreditaria, ut dictum. vid. Don. 19. *com.* 13.

(*o*) Vid. *d. l.* 20. §. 3. *l.* 25. §. *ult. &* *aliquot ll. seq. eod.*

(*p*) *l. post S. C.* 28. *eod.* contra quam in rei vindicatione. *l.* 2. *Cod. eodem*. *l. bona fidei*, 48. *de acq. rer. dom.* ad Pinell. in *l.* 2. *Cod. de resc. vend. p.* 9. *cap.* 4. *num.* 61.

(*q*) Actio nempe in personam; quæ in rem est, corpora hereditaria sequitur. Ceterum quamvis speciales in personam actiones in hanc petitionem veniunt; non tamen veniunt per omnia eodem modo, sed ita, ut hujus judicii natura ubique servetur. Vid. exempla in *d. l.* 20. §. 4. *l. si debitor*, 41. *eodem*.

(*r*) Conveniunturque hac petitione debitores hæreditarii, sive vel dicant se hæredes, vel negent se solvere tantum ideo, quia nolint, quod posterius eorum est, qui pro possessore possident. *l.* 13. §. *ult. & ll. seq. eod.* ita & VVesemb. *par. Cod. hoc tit. num.* 25. contra DD. vulg.

(*s*) *l.* 16. *in pr. eod.* Non enim hic agitur tamquam cum debitore, qualis ante diem proprie non est. *l. cum qui*, 41. §. 1. *de verb. obl.* sed tamquam cum juris possessore. *d. l.* 13. §. *ult.*

(*t*) Ut actiones eas cedat hæredi. *d. l.* 16. §. 4. *& seq. &* §. 7. *l.* 40. §. 2. *eod.*

(*u*) Quia hæ actiones non defuncto, non hæreditati, non hæredi, sed extraneo possessori primum quæsitæ, sed causam acquirendi in judicio bonæ fidei inspici placuit.

(*x*) Sed qui non patitur ire agere, propria actione convenitur. *l.* 19. §. *ult. eod.* An & feuda in hanc actionem veniant, Myns. 3. *obs.* 67. VVesemb. *par. hoc tit. num.* 11.

tentia sua hæredem esse (*a*) declaret, & hæreditatem ad eum pertinere; alteram ad summum hujus petitionis finem accommodatam, ut de restitutione caveat, quantum bonum, & æquum est possessorem (*b*) præstare. De restitutione alia causa est earum rerum, quas reus victus possidet; alia, quas non possidet. Quæ res a reo tempore rei judicatæ possidentur, tametsi initio litis eas non possederit, eæ omnes in restitutionem (*c*) veniunt. De rebus vero, quas non possidet, sic jus est, ut si eas nec acquirere potuerit, earum restitutione nunquam gravetur. Atque in hac specie, sicut & in superiore, par est omnium possessorum conditio. Quod si res, quas non possidet, habere, & acquirere potuit, hic placuit diversam esse causam bonæ fidei, & malæ fidei possessoris. Bonæ fidei possessorem hic accipimus, qui justam causam habet, cur se hæredem putet, quamvis in jure (*d*) errans. Malæ fidei possessorem contra, qui scit hæreditatem ad se non (*e*) pertinere. Malæ fidei possessoris præstatio plenior; proinde ia prior prodeat. De eo sic cautum, primo, ut earum rerum nomine, quas quandoque possedit, etiamsi eas ante litem contestatam, vel (*f*) causa possidere desierit, perinde teneatur, perindeque condemnandus sit, ac si adhuc possideret, nisi quæ justa causa eum excuset, cujusmodi sunt: si res casu ita perierit, ut etsi restituta esset, eodem modo apud petitorem peritura (*g*) fuisset; si judicio res (*h*) evicta sit; si quam rem necessario, & ex usu hæreditatis distraxit, succedente in locum rei pretio. Quod si res non in totum amissa sit, sed deterior facta dolo, aut culpa possessoris, placet, eum litis æstimationem, quanto pejor facta est, pati (*i*) debere. Secundo etiam ejus rei nomine possessor malæ fidei tenetur, quam nunquam possedit, habuitve, sed quam habere possidere cura adhibita potuisset, quam inquam cum posset, neglexit (*k*) acquirere. Hujus generis est pecunia a debitoribus hæreditariis non exacta, si cum eas exigere posset, per eum factum sit, quominus nunc possint (*l*) exigi; fructus ex rebus, sive corporibus hæreditariis non percepti, qui modo (*m*) honeste percipi potuerunt; item usuræ pecuniæ hæreditariæ, quam possessor malæ fidei tractavit, aut quam aliter hæreditati tamquam pecuniam numeratam debere cœpit, puta rebus hæreditariis distractis, & percepto (*n*) pretio. Non eadem bonæ fidei possessoris, ac nec una semper in rebus hæreditariis, quæ quod amissæ, aut omissæ non possidentur, præstatio; sed aliter in hoc genere tenetur post litem contestatam, aliter ante. Post litem contestatam, id est, post petitam judicio hæreditatem, qui ante bonæ fidei possessor erat, incipit communi esse cum malæ fidei possessore conditione, propterea quod jam scire cœpit hæreditatem ad se non pertinere. Inde dictum, post litem contestatam omnes possessores pares esse, & quasi (*o*) prædones teneri. Neque vero hoc tantum servatur post controversiam motam in judicio, sed etiam post quamvis (*p*) denunciationem possessori factam, alium vere hæredem esse. Quinimmo longius itum est, placuitque, eodem jure teneri etiam eum, qui modo

---

(*a*) Quod quidem de petitione hæreditatis nusquam scriptum legi; sed aliarum actionum in rem exempla id nos docent. *l. ex diverso*, 34. §. 1. *de rei vind. l.* 8. §. 4. *si serv. vind.*

(*b*) *l.* 10. *ff. hoc titul.* junct. *l. ult.* §. *ult.* C. *eod.* §. *actionum*, & §. *in bonæ*, *Inst. de act.*

(*c*) *l.* 4. *l.* 18. §. 1. *l. si quo tempore*, 41. *hoc tit.* At res postea cœptæ possideri non videntur in judicium deductæ. *l.* 23. *de jud.* ergo nec Judex de iis statuere potest. *l.* 18. *com. div.* Immo & hæ deductæ verbo generali hæreditatis, quæ petita est; unde & libellus generalis hic sustinetur sine ulla rerum hæreditariarum designatione. Covarr. *pra. qq. c.* 12. *n.* 1. Gail. 1. *obs.* 68. Costal. in *l.* 6. *de rei vind.* Sich. ad *l.* 2. C. *hoc t. num.* 11. Quid si certæ res libello comprehensæ, an ad illas petitio restricta? ita nonnullis visum; sed eos refellit Covarr. *ad loc. num.* 6. & Gom. in *l. Tauri*, 145. *n.* 166. *fac. l.* 4. *hoc tit.*

(*d*) *l.* 20. §. *hæc adversus*. junct. *l.* 25. §. 6. *eod.* Covarr. 1. *var. res.* 3. *n.* 8. Azo in *summa* C. *hoc t. n.* 11. Diss. Pinell. in *l.* 2. C. *de resc. vend. n.* 31. & *seq.* errorem tamen in jure dubio similem esse fatetur ignorantiæ facti *n.* 30.

(*e*) Quod ex eo arguitur, si nullam causam habeat possidendi. *dict. l.* 20. §. 6. & §. *hæc adversus*. *d. l.* 25. §. 3. sed & is malæ fidei possessor habendus, qui postea se hæredem non esse cognovit. *d. leg.* 25. §. 5.

(*f*) De quo dubitari potest propter verba S. C. sed causam etiam S. C. contineri scriptum in *d. l.* 20. §. *ult.* addita ratione, quia si petitor rem consequutus esset, distraxisset, & verum pretium non perderet, de dolo certum est. *d. l.* 25. §. 2. *l. qui dolo*, *de reg. jur.* nec minus si culpa res perierit. *d. l.* 25. §. 2. & congruit regula in *l. si servum*, 91. §. 3. *de verb. obl.*

(*g*) Per *l.* 14. *in fin. depos.* junct. *l.* 14. §. *quid si homo. in fin. quod met. ca. l. illud*, 40. *h. t.*

(*h*) *l. pen. h. t.* Causa, quæ sequitur, est in *l.* 20. §. 1. *l. non solum*, 53. *eod.*

(*i*) *l. ei qui partes*, 54. §. *ult. l. si quid possessor*, 31. §. *sicut autem*, *eod.*

(*k*) Nam & his rebus vere dicitur per possessorem factum esse, quominus quæsitas possideret. *d. l.* 25. §. *perinde*.

(*l*) Dum scilicet patitur, aut actionis tempus exire, aut debitores pauperiores fieri; & a se quidem semper exigere potest. *l.* 6. §. *ult. de neg. gest.* ab aliis, si quam actionem ipse acquisivit ex rebus hæreditariis, alias non item. *d. l.* 31. §. *illud plane*, *h. t. d. l.* 6. §. *ult. de negot. gest.* Utique solutionem oblatam recusare non debet per *dict. l.* 25. §. *perinde*.

(*m*) *d. l.* 25. §. 4. *ff. l.* 1. C. *eod.* junct. *l.* 33. *de rei vind.* At percepti etiam inhoneste omnes restituendi. *l.* 27. §. *ult. h. tit.* ne honesta interpretatio non honesti quæstus lucrum possessori faciat. *l. si possessor.* 52. *eod.* adde Gujac. 4. *ad Afric. in l.* 56. *eod.*

(*n*) *d. l.* 20. §. *hæc adversus*, & §. *Papinianus*, 14. & *seq. ff. d. l.* 1. C. *eod.* usuræ enim vicem fructuum obtinent. *l. usuræ*, 24. *de usur.*

(*o*) *d. l.* 25. §. *si ante litem*, *d. l.* 31. §. 3. exempla in *d. l.* 1. C. *eod.* & *in d.* §. 3.

(*p*) *d. l.* 20. §. *præter hæc*, *in fin.* & §. *petitam*. *d. l.* 2. §. *si ante*.

modo scire cœpit alium hæredem esse vel nemine (*q*) denunciante. Ceterum hoc jus in duarum rerum præstatione temperatum est, retentumque bonæ fidei possessoris commodum, si juste ad judicium provocaverit, in interitu fortuito rei hæreditariæ; item in distractione ejusdem rei opinione necessitatis facta, puta ex causa fideicommissi. Neque enim debuit, aut propter metum mortalitatis jus suum indefensum relinquere, aut juste ad judicium provocantis non excusari necessitatis præstandi (*r*) opinio. Ante litem contestatam hactenus saltem bonæ fidei possessor tenetur in hoc rerum genere, quatenus (*s*) locupletior factus est. Ergo si quid lucri consequutus tum possidebit, id omne ei auferendum est, si quid non possidebit, eo nomine non tenebitur, sive id nunquam possederit, acquirere tamen ex rebus hæreditariis potuit, sive initio possideri cœptum ante litem contestatam possidere desierit, quamvis malo more id dilapidaverit, consumpserit, dum re sua se abuti (*t*) putat. Locupletior autem factus tribus modis intelligitur: si res hæreditarias adhuc possideat; si quid ex hæreditate, aut occasione hæreditatis consequutus, in res suas (*u*) convertit; si ipse non sit factus (*x*) pauperior ob res ex hæreditate sumptas. Quo tempore autem bonæ fidei possessor locupletior esse debeat, dubitatum est. Et Paulus respondit, tempus rei judicatæ in proposito spectandum, quod sane verum est, si quæratur de eo bonæ fidei possessore, qui juste ad judicium provocavit, nam cum is moram ita provocando non committat, nec pœnis moræ obnoxius esse debet. In ceteris vero magis est, ut tempus litis contestatæ spectari debeat, cum post id tempus jure prædonum omnes teneantur (*y*).

Officium Judicis in hoc judicio tale, ut si res, quæ restitui debet, extet, eam jubeat restitui, qui jussus arbitrium Judicis dicitur. Huic arbitrio si possessor paret, absolvitur; si non paret, sequitur condemnatio in æstimationem litis. Quod si res non extet, statim nullo præcedente arbitrio in condemnationem venit rei æstimatio; & siquidem culpa dumtaxat possessoris factum est, quominus rem restituere possit, in verum condemnatur pretium; sin dolo malo, quanti petitor in litem juraverit (*z*).

Possessori quoque ex adverso finis propositus duplex: unus omnium reorum communis, ut absolvatur, quem possessor assequitur, si aut ipse probet, se hæredem esse, aut se esse non probet (*a*) petitor; alter hujus judicii proprius, ut quoniam hic non de lana caprina lis est, sed de hæreditate, re plerumque magna, & ampla, liceat possessori, pendente judicio, res hæreditarias administrare, quod sine fraude hæreditatis fiat. In hoc fine duo continentur: administratio; ejus administrationis indemnitas. Administratio versatur fere circa hæc quinque: in rebus recte colendis, tuendisque; in ære alieno dissolvendo, ne usuræ crescant, aut pignora distrahantur; in rebus hæreditariis pro commodo hæreditatis distrahendis; in exigendis pecuniis debitis; in actionibus creditorum excipiendis. De prioribus duobus non ambigitur; quippe cum jam intellectum sit, non solum ea facere possessorem posse, sed etiam sine periculo suo non posse non (*b*) facere. Cetera vero non passim permissa, ne quid in præjudicium hujus judicii (*c*) fiat. Distractio, quæ alioqui desiderante petitore prohibenda est, duabus conditionibus possessori postulanti a Magistratu conceditur; cum satisdatione semper, nempe si promittat se, si victus erit, res omnes, aut earum æstimationem restituturum, datis in eam rem fidejussoribus; cum cautione aliquando, nempe ubi distractio necessaria, vel ob conditionem rei, alioqui perituræ, quales sunt res edules, vel ob impensam ad res hæreditarias reficiendas, tuendasve (*d*) necessariam. In exactione pecuniæ hæreditati debitæ solis bonæ fidei possessoribus tributum, ut eam privato judicio exigere possint a debi-

---

(*q*) *dict. l.* 20. §. *petitam*. *dict. l.* 25. §. *de eo*. Ad tempus tamen litis contestatæ definitio potissimum refertur; quia eo tempore ut plurimum fit, ut possessor bonæ fidei scire incipiat hæreditatem ad se non pertinere.

(*r*) *l. illud quoque, in pr. l. in æstimationibus*. 48. *eod.* Hinc apparet eum, qui juste ad judicium provocavit, pro malæ fidei possessore non haberi; quamvis enim fructus post litem contestatam perceptos judicio victus restituere teneatur, id tamen non ideo fit, quia malæ fidei possessor fuit, sed quia judicio contraxit. *l.* 3. §. *idem scribit, de pecul.*

(*s*) *d. l.* 20. §. *præter hæc, vers. eos autem, hoc tit.* Quomodo probetur locupletior factus, vid. Pinell. in *l.* 2. C. *de resc. vend. par.* 2. *c.* 4. *n.* 64. & *seq.*

(*t*) *d. l.* 31. §. 3. *d. l.* 25. §. *consuluit*, 11. igitur etsi donaverit, nisi quid remunerationis causa acceperit, nam eatenus quasi locupletior factus tenetur. *d.* §. *consuluit*.

(*u*) *l.* 1. C. *l. heres*, 51. §. 1. ff. *eod.* aut usuras pecuniæ hæreditariæ percepit. *d. l.* 1. aut pretia rerum ex hæreditate venditarum; quæ restituenda, etsi res deperditæ, aut diminutæ. *d. l.* 20. §. *ait Senatus*, 17. & §. *ult* & *l. seq. eod.* Nec mirum, cum pretia per se sint hæreditaria, & æque principaliter, ut res ipsæ debeantur.

(*x*) *d. l.* 25. §. *quod autem quis*, 16. *eod.* facit *l. in pupillo*. 47. §. 1. *de solut.*

(*y*) Idque ita esse liquebit ex collatione. *l.* 36. §. *pen. l.* 40. *in pr. hoc tit. l.* 24. *in pr. de usur.* junct. *l.* 25. §. *si ante, hoc tit.*

(*z*) *d. l.* 20. §. *ult. d. l.* 25. §. *hæc verba*. Quæ omnia observantur etiam in ceteris actionibus, ex quibus quid restitui debet. *l. qui restituere*, 68. *de rei vind. l.* 5. *de in lit. jur.*

(*a*) *l. qui accusare*, C. *de edend.* §. *retinendæ, vers. commodum, Inst. de interd.*

(*b*) *l.* 31. §. 3. *l. ei qui*, 54. §. *ult. l. non solum*, 53. *h. t.* Ut tamen negligentia bonæ fidei possessoris, re ante motam controversiam deteriore facta, excusetur. *d. l.* 31. §. 3.

(*c*) *l.* 5. §. *ult.* ff. *l. ult. in pr.* C. *eod.* aut majori causæ præjudicetur per minorem. *leg. per minorem*, 54. *de jud.*

(*d*) *d. l.* 5. *in pr. d. l. non solum*, 53. *hoc tit.*

debitoribus hæreditariis; tributum & hoc, ut possint rem ab aliis possessam vindicare; sed utrumque sub hac conditione, si hæreditati præjudicium non fiat. Non fit autem præjudicium hæreditati, si periculum est, ne inter (*e*) moras judicii actiones intercidant. Negligente possessore etiam petitor ad easdem actiones admittitur, qui etiam una in re possessore superior est, quod citra metum (*f*) exceptionis in rem agere potest. In actionibus creditorum suscipiendis, quod in administratione postremum est; idem metus, ne præjudicium hæreditati (*g*) fiat. Sed ne controversia litigantium aliis (*h*) obsit, Justinianus veterum varietate coarctata constituit, licere omnibus creditoribus, etiam lite hæreditatis nondum finita, citra ullum impedimentum litigatores convenire, legatariis quidem solum hæredem scriptum, cui vicissim illi caveant, aut pro (*i*) qualitate personæ satisdent: se, testamento inutili pronunciato, acceptum cum usuris quadrantibus restituturos; creditoribus hæreditariis (*k*) ambos indifferenter, quibus solventibus, & succumbentibus vicissim consulitur, possessori per retentionem, petitori officio Judicis, aut actione negotiorum gestorum, aut condictione ex lege. Libertatis præstationem in annum differri voluit, si tamdiu duraret hæreditatis judicium (*l*).

Immunitas duabus in rebus posita: in periculo amovendo, si possessor se obligavit nomine hæreditatis; veluti si vicino caverit damni infecti, aut re distracta obstrictus sit (*m*) emptori; tum in sumptibus sarciendis, ut impensas necessarias, & utiles deducere liceat, voluptarias, quod sine incommodo rerum hæreditariarum fiat (*n*) detrahere. Sed hujus rei diligentior tractatio instituetur in loco de rei vindicatione. Una species, quæ hujus judicii propria, hoc loco non est prætereunda, solutio creditoribus, aut tamquam creditoribus hæreditariis a possessore facta. Sic habe: Si solutio hæreditati utilis, deducit quod impendit; si inutilis, non magis quam reliquas similes (*o*) impensas. Sic porro solutio utiliter facta censetur, si per eam liberatio hæreditati, & per hanc vero hæredi contingat; sin minus, inutilis habebitur. Igitur quod solutum est, aut indebitum fuit, aut debitum. Si indebitum, nihil (*p*) deducitur, ne a bonæ fidei quidem possessore. Sane si bonæ fidei possessor, dum se necessitate præstandi teneri putat, justo errore ex ipso testamento nato ductus indebitum solverit, hactenus ei ex æquitate subvenitur, ut, si id, quod dedit, cessis adversus eum actionibus (*q*) deducat de hæreditate. Si debitum fuit, interest, suo nomine id possessor solverit, an hæreditatis. Si nomine hæreditatis creditori hæreditario solvit, sive bonæ fidei possessor est, sive malæ fidei, ipso jure victorem hæredem (*r*) liberat; si suo nomine liberat eum per exceptionem doli mali, volens solutum apud creditores manere, & indebitum hæreditarium cedere. Utroque igitur casu (*s*) uterque possessor id, quod ita solvit, tamquam utilem impensam deducet. Hoc unum in posteriore specie inter possessores interest, quod a bonæ fidei possessore nulla hic cautio exigatur, tantum ut conditionem indebiti, quam adversus creditores habet, hæredi præstet; a malæ autem fidei possessore non exigatur, ut cedat condictionem, quam non habet, sed ut caveat, hæredem adversus creditores iterum petentes defensum iri (*t*).

CA-

(*e*) *l. si bona fid.* 49. *eod.* ubi verba inter moras judicii significant inter moras judicii accepti. *l. fructus*, 33. *de rei vind. l. si quis tutor*, 60. §. *quid ergo*, *de rit. nupt.* Diss. Cujac. 20. *obs.* 35.

(*f*) Exceptionem intellige de præjudicio hæreditatis, quod hic nullum metui potest, neque in persona possessoris, qui hæreditatem non petit; neque petitoris, quia nemo fraudatur, qui scit, & consentit, ac ne fit injuria possessori rei, qui restitutione liberatur, eo quod sine dolo possidere desinat. *l.* 36. *in pr. de rei vind.* In personam autem agere alia conditione non potest petitor, quam qua possessor; quia periculum est, ne si debitor alii, quam creditori solverit, iterum conveniatur. Obstare videtur *l.* 13. *de except.* cujus peculiarem interpretationem vide apud Zas.

(*g*) Atque idcirco olim nocuit hæc exceptio creditoribus pendente hæreditatis controversia cum possessore, aut petitore hæreditatis agentibus. *l. ult. in pr.* C. *hoc tit. l.* 7. *ff. eod.*

(*h*) Ne calumniis trahantur creditores, aut legatarii, subornatis iis, qui hanc actionem intentant. *d. l. ult. in pr.* & §. 1. C. *hoc tit.*

(*i*) Quod Judicem arbitrari, & æstimare debere vult Sich. in *d. l. ult. n.* 6.

(*k*) Quia cum creditores non habeant causam ex testamento, etiam ab hærede legitimo recte petunt. Sich. *d. loc. num.* 7. Porro creditores non cavent; quia creditum semper debetur, sive valeat testamentum, sive corruat.

(*l*) Tarde enim concedendum erat, quod datum non adimitur, quale est libertas. *tit.* C. *si adv. lib.* haec autem omnia constituta sunt a Justiniano in *l. ult.* C. *h. t.*

(*m*) *l. illud*, 40. §. *pen. d. leg.* 20. §. *sed etsi*, *pen. eodem.*

(*n*) *l. si a domino*, 36. §. *ult.* & *tr. ll. seq. eod.*

(*o*) *l. plane*, 38. & *l. seq. eod.*

(*p*) *dict. l.* 20. §. *sed si vendidit*. Et merito, quia hæc impensa hæreditati inutilis, quæ nihil debuit.

(*q*) Hæc sententia est in *l. quod si possessor.* 17. *h. t.*

(*r*) *l.* 5. C. *eod.* Nam unusquisque pro alio solvere potest, ita ut eum etiam ignorantem, & invitum liberet. *l. solvendo*, *de neg. gest. l. solutione*, *de solut.* Nec movet, quod *d. l.* 5. loquatur de bonæ fidei possessore; nam & bonæ fidei possessor nomine hæreditatis solvere potest, & ut sibi prospiciat, solet, cum de jure suo cœperit dubitare, forte lite de hæreditate ei mota.

(*s*) Nam decisio *dict. l.* 5. etiam ad malæ fidei possessorem pertinet. *d. l.* 38. *d. l.* 17. *h. t.* Etenim quod isto animo solvit, bona fide solvit, agens ex præscripto naturalis, & civilis rationis, *d. l. solvendo*, *de neg. gest.*

(*t*) *d. l.* 17. At quorsum hæc cautio, cum petitori adversus creditores agentes exceptionem concedamus? nempe ad hoc, ut sumptus judicii, & molestiam in exceptione probanda declinet, iisque oneret possessorem.

CAPUT XXXIV.

Si pars hæreditatis petatur.

QUæ de tota hæreditate petenda diximus, eadem & de petitione partis intelligenda sunt. Nihilominus tamen ad removendas nonnullas dubitationes, quæ in partis petitione incidere solent, separatum de ea tractatum Consulti fecere. Existunt hæ dubitationes in singulis fere partibus hujus petitionis. Primum de petitore ambigi potest, possitne aliquando ei, qui totam hæreditatem vindicat, partis petendæ imponi necessitas. Sed responsum posse, modo possessor paratus parte hæreditatis (*u*) cedere. Secundo de possessore hæ dubitationes. Aut unus est possessor, aut plures. Propone unum tantum esse, & hæreditatem totam possidere; licebitne petitori partem tantum ab eo petere? Placet licere; facultatem enim agendi non ex persona possessoris, sed ex jure petitoris (*x*) æstimandam; quid si & possessor possideat, & petitor? Placet invicem petere (*y*) debere. Si duo possideant, & duo sint, qui ad se partes pertinere dicant, non singuli a singulis petent, sed uterque ab (*z*) utroque. Sed si duo sint hæredes, quorum alter possideat hæreditatem cum extraneo, utilitatis causa (*a*) receptum est, ut a solo extraneo pars peti debeat. Idemque placuit & si petitor quoque partem possideat. Finge duos esse hæredes, ambos, & simul extraneum, quemque trientem possidere; hæres uterque pro sextante adversus extraneum actionem (*b*) dirigere debet. Cur enim circuitione neutri pro futura utantur? Enimvero hæc ita sunt: si partes pro indiviso possideantur; secus est, si res divisæ, aut (*c*) distincta corpora. Tertio de repetita quæritur, quam partem, qui se pro parte hæredem dicit, petere possit, utrum quæsitam tantum, an vero & eam, quæ speratur accessura. Et Cajus (*d*) respondit, quæsitam dumtaxat, non etiam speratam peti posse; ne in pendenti sit judicium, quod natura ejus non patitur. Sed & de parte quæsita dubitatum, possitne ea peti, si incerta sit. Et hujus etiam partis petitio justa de causa (*e*) concessa est, nempe quoties incertitudinem adfert ipsarum rerum conditio, veluti si mulier prægnans sit, incertum est, quot nascituri sint. Sed prudentissime juris auctores hanc incertitudinem ad certitudinem aliquam tantisper revocarunt, quasi tergeminos paritura esset, post deinde ad naturæ veritatem ut reditus (*g*) fieret. Postremo de fine, & effectu hujus petitionis una dubitatio, pro diviso, an pro indiviso pars peti, & restitui debeat; sed obtinuit nihil amplius pertinere ad officium Judicis, quam ut partem restitui jubeat pro (*g*) indiviso; nam ut a communione discedatur, non hoc judicio, sed familiæ erciscundæ consequimur.

CAPUT XXXV.

De rei vindicatione.

HAbemus actionem in rem de universitate; sequitur rerum singularum petitio, quæ per antonomasiam rei (*h*) vindicatio appellatur. Rei vindicatio est actio in rem, per quam rem (*i*) unam aliquam (*k*) corporalem (*l*) nostram, & tamquam (*m*) nostram petimus ab eo, qui eam possidet. Hæc definitio perfecte complectitur, & quod commune est hujus actionis cum reliquis in rem actionibus, & quod ipsa proprium habet, quo a ceteris omnibus discernitur, sicut ex iis, quæ deinceps dicturi sumus, lucide apparebit. Divisiones igitur

(*u*) *l. permittendum*, ff. *hoc t. si pars hæred. pet.* quod ipsum & ad alias controversias pertinet, ubi reus nomine totius conventus de parte confitetur. *l. quidam*, 22. *de reb. cred.*

(*x*) *l* 1. §. 1. *h. t.* adde Oldendorph, *act. class.* 5. *act.* 5. *n.* 6. Gomes. in *l. Tauri*, 45. *n.* 155.

(*y*) *d. l.* 1. §. *quinimmo*, *vers. etsi possessor*, *h. t.*

(*z*) *d.* §. *quinimmo*, & *l. pen. eod.* Nec interest qui possident hæredes non sint, an mei cohæredes, ut in specie *l.* 6. *eod.*

(*a*) Ex sententia Pegasi. *d. l.* 1. §. 3. nempe ut molestus, & inutilis non mihi solum, sed etiam cohæredi, circuitus vitetur, ac nec extranei interest, cum pars, quam ille possidet, non sit ejus. Æquissimum autem est, quod mihi non nocet, alteri prodest, id illi tribui. *l.* 2. §. *item Varus*, *in fin. de aq. pluv. arc.*

(*b*) *d. l.* 1. §. *pen.* quamvis & hic ratio summi juris facit, ut hæredes invicem alter ab altero sextantem petere debeant.

(*c*) Nam cum in singulis illis rebus, & corporibus ego partem pro indiviso habeam, necesse est eam me petere ab eo, qui eam possidet. *l.* 8. *de rei vind.*

(*d*) In *l.* 2. *h. t.* Ratio subjecta est in *l. non quemadmodum*, 35. *de jud.* adde, quod natura petitionis hæreditatis facit, ut hæreditatem, partemve ejus recte quis petat suam. *l.* 10. *de her. pet.*

(*e*) *d. l.* 1. §. *ult. h. t.* congruit *l. quæ de tota*, 76. §. 1. *de rei vind.* add. Pac. 3. *q.* 39.

(*f*) *l.* 3. *h. t.* cujus plenam interpretationem habes apud Greg. Lopez. *animadvers. c.* 11.

(*g*) *l. non possumus*. *h. tit.* & ratio in promptu; nam hæres pro parte indivisa aliam partem vindicare non potest, nec Judex jubere aliam partem restitui, quam quæ petita est. *l. ult.* C. *de fideic. lib.*

(*h*) De cujus vocis etymologia vid. Don. Gifan. Tuning. in §. *appellamus*. *Inst. de actionib.*

(*i*) *l.* 6. *h. t. de rei vind.* Unde & actio in rem specialis, & singularum rerum petitio dicitur. *l.* 1. §. 1. *l. in speciali*, 73. ff. *eod. l.* 7. C. *de pet. her.*

(*k*) Mobilis sit, an solo contineatur, nihil interest, i *d. l.* 1. §. 1. *hoc tit.*

(*l*) Ad differentiam prætoriarum in rem, quæ competunt de rebus non vere nostris, ut mox amplius.

(*m*) Quo removeantur actiones in personam depositi, commodati, locati; quibus quamvis actor rem suam petit, non tamen intendit suam esse, nec de dominio intendit, aut hoc agit, ut dominus declaretur. Gifan. in *l.* 25. *de obl. & act. n.* 37.

tur hic eadem illa quatuor, quæ in præcedentibus: cui competat; adversus quem; qua de re; cujus rei gratia. Competit rei vindicatio soli domino, idest, qui aut gentium jure, aut civili dominium (n) acquisivit, quæsitumque adhuc (o) retinet. Constans hæc definitio est, ut neque dominii (p) qualitas, neque titulus (q) possessionis, neque extranei (r) alienatio hanc actionem impediant. Sed tamen id non ita perpetuum est, quin aliquando justa de causa removeatur exceptione. Nascitur hæc causa possessori ex iis factis omnibus, quibus interveniėntibus, alius pro domino haberetur. Facta hæc aut ab ipso domino, aut a decessore ejus. A domino quatuor: transactio; jusjurandum; res judicata, unde & possessori totidem (s) exceptiones, traditio rei, cujus dominium is, qui ex justa causa tradidit, postea acquisivit, unde possessori exceptio doli mali, seu in factum (t) comparata. A decessore, si eidem ex ipsius factis hæ exceptiones (u) obstitissent. Una etiam causa est, ob quam hæc actio ipso jure domino denegatur, nempe si is tignum suum vindicet alienis ædibus (x) junctum. Ceterum cum magna difficultas hic domino oboriatur in dominii (y) probatione, remedia ei duo proposita sunt, quibus eam difficultatem evitet: unum, ut potius interdicto aliquo possessionem ad se (z) traducat, si potest; sin minus, ut publiciana in rem actione experiatur †.

Competit hæc actio adversus rei, quæ petitur (a) possessorem. Verbum possessoris hic quoque plenius accipimus, ut eo contineantur ii omnes, quos petitione hæreditatis teneri supra diximus. Primum igitur eum maxime hoc verbo complectimur, qui vere possidet, sive per se, sive per alium. Secundo eos omnes, qui corpore tantum rem tenentes, ejus restituendæ habent (b) facultatem. Plane qui alieno nomine in possessione sunt, his desiderantibus spatium datur, intra quod denuncient auctori suo litem de proprietate sibi moveri, qui si ad constitutum diem non adfuerit, judicium ita peragitur, ut absens quoque possessionem, ejusque commoda (c) amittat. Tertio continetur is, qui se liti (d) obtulit; postremo, & qui dolo desiit (e) possidere. Hic si alius possessionem postea nactus sit, idem per omnia observabitur, quod in eadem re observari diximus in petitione hæreditatis. De titulo possessionis nihil hic adjecimus, contra quam in judicio de hæreditate. Varietatis ratio, quæ supra quoque reddita, hæc est, quod rei vindicatione solus agat dominus, cui æquum est rem restitui, quocumque titulo ea possideatur; at hæreditatis petitione experitur hæres, cui, cum fieri possit, ut is rei hæreditariæ dominus non sit, non mirum est justo titulo possidentem in pari causa (f) præferri. Hinc & illud natum, quod possessor hæreditatis titulum possessionis suæ dicere cogatur, ceteri possessores non cogantur, quod incivile sit, re supervacua quemquam (g) onerari. Competit ergo rei vindicatio adversus omnem possessorem, & competit semper, si eas causas exceperimus, ex quibus aut ipso jure domino denegatur, aut possessor exceptione defenditur. Denique & adversus possessorem solum (h) competit; usque adeo, ut ne hæres quidem possessoris tamquam (i) hæres hac actione teneatur. Plane interdum non-

---

(n) *l. in rem. 23. in pr. h. t. d. l. 25. de obl. & act.* unde hic proprietas veri dicitur, sicut in interdicto possessio. *l. 14. §. ult. de exc. rei jud.*

(o) Finge fundum alicui in diem addictum esse; ante adiectionem vindicare poterit, postea non poterit. *l. si quis 41. in pr. h. t.*

(p) Forte quod dominium a nobis abiturum speratur, existente, verbi causa, conditione legati. *leg. non ideo, 66. eod.*

(q) Quamvis pretium pro re solutum. *l. 3. l. 23. C. eod.* ubi similes locos notat Gothofr.

(r) *d. l. 3. l. 14. C. eod.* adde Sichard. in *d. l. 3.*

(s) Quibus constat omnem reum jure communi tutum esse adversus eum, a quo illa facta nata sunt. *tit. Inst. de except.*

(t) *l. si a Titio, 72. h. t. l. 4. §. si a Titio, 32. de dol. except.*

(u) Exemp. in *l. 14. C. h. tit.* & est axioma vulgatum: hæres præstat factum defuncti; cujus axiomatis ratio, quia adeundo hæreditatem in id consensisse videtur. *l. 7. C. de lib. ca.* facit *l. 149. l. 175. l. 177. de reg. jur.*

(x) *l. 23. §. ult. h. t. l. 7. §. cum in suo, de acq. rer. dom.* vide *lib. 1. c. 23.*

(y) *l. is, qui destinavit, 24. h. t.* junct. *l. 2. l. 19. de probat.*

(z) *d. l. 24.* & consequenter commodo possessoris fruatur. *l. exitus, 35. de acq. possess. de prob. §. 4. Instit. de int. ad.* Menoch. *6. præs. 69. & adipisc. possess. rem. 4. n. 794. & seq.*

† *l. 1. de public. in rem act.* vide *inf. cap.*

(a) *l. 25. de obl. & act. l. qui petitorio, 36. h. t. l. 24. §. ult. de jud.* Duæ igitur hujus actionis causæ: ab actore dominium; a reo possessio. Schneid. in §. 1. *Inst. de act. n. 61.* & DD. comm.

(b) Eamque magis hic spectari oportet, quam possessionis qualitatem. *l. 9. h. t.*

(c) Summatim tamen prius discusso negotio. *l. 2. C. ub. in rem act.* ubi Vult. *n. 23. c. ult. §. quoniam, ext. ut lit. non contest.* Quid si verbi causa, colonus non nominato domino judicium acceperit? sententia non præjudicabit domino, neque in proprietate, neque in possessione. Innoc. in *d. cap. ult.*

(d) *l. 25. hoc t.* ubi una quoque tenetur possessor. *l. 7. eodem.*

(e) *l. 27. §. 3. l. 36. eodem.* idemque & in hoc, & in superiori casu observatur, quod in petitione hæreditatis.

(f) *l. 2. C. de pet. her.* vid. *sup. cap. 32. lit. V. circa medium.*

(g) *l. cogi, 11. C. d. tit.* junct. *argumento in l. hæc stipulatio. §. 1. ut leg. seu fid. no. cav.*

(h) *d. l. 36. hoc tit.* Atque hinc declinari hoc judicium potest, si possessor dicat, se non possidere. *l. ult. eodem.*

(i) Nam si possideat, tenetur ut possessor. *l. si in rem. 42. l. si in rem. 51. & seq. eod.* & si unus possideat ex pluribus, hic solus tenetur. *l. si possessor. 55. eod.* rem enim semper sequitur, non personam.

nonnihil interest, utrum ante litem contestatam possessor decesserit, an judicio jam coepto. Si ante, nec hæres possideat, nunquam tenebitur; si possideat, jam non ut hæres tenebitur, sed ut possessor. Enimvero si possessor malæ fidei fructus ex re petita perceperit, placet quidem eo nomine hæredem non possidentem, quatenus locupletior factus est, conveniri posse, sed actione in factum, quæ non in rem, sed in (k) personam est. Quod si post acceptum judicium possessor decesserit, hic si quid a defuncto commissum sit, quamobrem ipse damnari (l) deberet, hæredem placet in eadem causa esse, eamdemque condemnationem ex persona defuncti subire, translato etiam in non possidentem judicio, secum porro trahente adjunctam rei (m) vindicationem. Effectum igitur est, solum possessorem hac actione conveniri posse. At quid fiet, si is, qui possidet, neget se possidere? Si id in jure interrogatus fecerit, & convincatur, transfertur ab eo possessio. Sin in jure interrogatus tacuerit, aut obscure responderit, placet eum pro possessore habendum (n).

Qua de re hæc actio competat, breviter complexa est definitio. Id paulo explicemus plenius. Summa hæc est. Competit in rem actio de re corporali nostra, eaque una aliqua, & certa, sive tota ea petatur, sive pars, quam & ipsam certam peti oportet, nisi justa causa interveniens partis incertæ petitionem admittat. Principio competit de re corporali; mobilis ea sit, an soli nihil interest. De rebus incorporalibus, quales sunt servitutes, non competit. Hoc eo pertinet, ut sciamus, actiones, quæ de servitutibus competunt, etsi & ipsæ in rem sunt, tamen toto genere ab hac actione differre. Differentiæ inter has actiones, ut hoc in transitu tangamus, insignes duæ. Una hæc, quod rei vindicatio nunquam verbis negantibus concipiatur. Hoc ideo, quia in hac actione actor inficiendo nihil proficit; non enim qui negat rem aliquam corporalem possessoris esse, is continuo evincit (o) suam esse. De servitutibus vero duplex actio prodita: confessoria servitutem vindicanti, & negatoria neganti se servitutem (p) debere. Contraria nimirum ratione, quia qui servitutem se debere negat, vi ipsa aliquid suum esse affirmat, quod & ipsum per inficiationem vindicat, rei videlicet suæ (q) libertatem. Altera est, quod actio in rem de rebus corporalibus nunquam ultro possessori (r) datur; quippe cui sufficere debet quod possideat. Quid quod ipse sua se intentione excludit? At in servitutum vindicatione nihil prohibet, eumdem & petitorem esse, & possessorem; contraria iterum ratione, quia in his possessio non sufficit: utpote quæ, ut in alieno omnis habetur, ita adimi ab eo, in cujus potestate est, facile possit, puta sublato pariete, aut tigno exempto. Sed pergo ad reliqua. Secundo competit rei vindicatio de re corporali nostra. Rem nostram hic accipimus, quæ proprie nostra est, jure scilicet dominii, qua adjectione removentur actiones in rem (s) prætoriæ; quarum nulla est de rebus vere nostris, sed tantum ad jus nostrum pertinentibus. Sed neque sacra, quamvis privata, & nostra, aut religiosa hac actione petuntur, non alia item de causa, quam quod in dominio nostro (t) non habentur.

Liberi quoque nostri, ut maxime sint in potestate nostra, in dominio tamen non sunt, ideoque non magis, quam superiora hac actione peti possunt, nisi adjecta causa ex jure Quiritium; sed petuntur, aut præjudiciis, aut interdictis, aut (u) cognitione prætoria. Tertio rei appellatio in hac actione non genus, sed speciem significat, idest, rem unam aliquam (x) singularem; nam de pluribus rebus comprehensim hæc actio non datur; proinde nec peculium, nec supellex, nec armamenta, nec alio verbo collectivo res plures, quarum non est unum corpus, vindicare licebit, sed singulæ res nominatim (y) designandæ, atque ita vindicandæ sunt. Corpora vero

(k) *l. cum autem*, 52. *eod.* Nata nimirum ex maleficio defuncti, & prodita iis constitutionibus, quibus placuit turpia lucra hæredibus quoque extorqueri, ne alieno scelere ditentur. *l. 5. ff. de calumn. l. un. C. ex del. defunct. in quant. her. conv.*

(l) *d. l.* 42. Ut si desierit dolo possidere, aut si res dolo, culpave possessoris perierit. *l. illud*, 40. *de pet. hered.*

(m) Principaliter autem hic transferetur actio judicati, quæ in personam est. *l. 3. §. idem scribit. de pecul.*

(n) *l. 11. §. 4. de interr. in jur. fac.* facit *l. ult. h. tit.* Sed hujusmodi interrogationes in Curiis nostris minus frequentari testatur VVesem. in *hunc tit. C. n.* 80.

(o) Neque enim sequitur: fundus, quem possides, non est tuus, ergo est meus; potest enim esse tertii alicujus. *l. 15. in fin. de exc. rei jud.*

(p) *l. 2. si serv. vind. §. æque. Instit. de action.* ubi vid. Don. *n. 3. & seq.*

(q) Unde apparet etiam hanc actionem vi ipsa, & effectu confessoriam esse, quamvis dum servitus negatur, quod fit ab initio, dicetur negatoria. Don. *d. l. loc. num.* 17.

(r) *l. 1. §. 6. uti possid. d. §. æque. Inst. de act.* Intellige autem, si corporaliter possideat; nam civiliter tantum possidenti adversus eum, qui naturaliter rem tenet, dari non est ambigendum. *l. 9. hoc tit.*

(s) Quales sunt, publiciana de rebus bona fide possessis, serviana, & hypotecaria de pignoribus.

(t) *l. in rem.* 23. §. 1. *l. quæ religiosis*, 43. *hoc tit.* junct. *l. 1. de rer. divis.*

(u) *l. 1. §. 2. h. t.* & ibi Bart. adde Oldendorph. *class.* 3. *act.* 2. VVesemb. in *hunc tit. Cod. n.* 10. *& seq.*

(x) *l. 6. h. t.* Nam quod Dialecticis est individuum, id nostri speciem vocant, idest, rem unam aliquam singularem subjectam oculis, quæ spectari, hoc est, cerni, & demonstrari potest.

(y) *l. 3. §. 1. l. vindicatio*, 56. *eod.* Hinc est, quod DD. libellum generalem hic non admittant; utique si quæ res principaliter petantur; nam cum accessorie quid petitur, incerta, & generalis petitio admittitur; ut, peto Castrum cum

vero omnia verbo communi recte (z) vindicantur. Sunt autem corporum tria (a) genera: unum, quod uno spiritu continetur, ut homo, tignum, lapis: alterum, quod ex pluribus corporibus cohærentibus constat, ut ædificium, navis, armarium; tertium, quod constat ex distantibus corporibus uni nomini subjectis, ut grex, armentum, equitium. Quarto certam rem peti oportet, id est, ita designari quacumque demonstratione, ut possit (b) intelligi, ne frustra lis suscipiatur. Postremo eadem lege & partem pro indiviso vindicare debeo, ut dicam: dimidia, tertia, quarta pars in fundo, quem Titius possidet, mea (c) est. Sane ubi justa est hujus indivisæ partis ignorantia, quam puta vel factum alienum, vel rei nostræ cum aliena confusio, aut commixtio peperit, etiam incertæ vindicatio admittitur; sed initio tantum, & pro intentione petitoris: nam ubi ad probationem ventum est, si ne tunc quidem appareat qua de parte actum sit, nulla fieri potest condemnatio (d).

CAPUT XXXVI.

De fine, & effectu petitionis in rei vindicatione.

Superest postremus locus, cujus rei obtinendæ gratia in rem actio competat, seu finis hujus actionis, ad quem obtinendum comparata est. Is finis etiam hic duplex: unus petitori propositus; alter possessori, ac uterque suum effectum jure adjunctum habet. Petitoris finis antecedens quidem hic, ut dominus rei petitæ sententia Judicis declaretur; consequens vero, & summus, ut res petita cum omni causa ei restituatur, id est, id omne, quod habiturus foret, si tempore litis contestatæ res ei restituta (e) fuisset. Quatuor his verbis continent: res ipsa petita; ejus rei accessiones; partus, & fructus; lucra per causam rei petitæ possessori obtingentia. (f) Hæc omnia restituenda, sed cum hac exceptione, ne petitor postulet locupletior fieri cum aliena jactura. Principio igitur possessor, qui nullam exceptionem initio (g) objecerit, rem ipsam restituere debet. Et siquidem eam possideat tempore rei judicatæ, nihil est, quod eum juvare possit ad recusandam restitutionem, non quod tempore judicii accepti † non possederit, non quod res inter moras judicii ab eo (h) usucapta sit. Quod si tempore rei judicandæ non possidebit, quod aut periit res, aut amissa est, hic interest, culpa ne possessoris, an casu id acciderit. Si culpa, hoc in universum tenendum, omnem possessorem post litem contestatam culpæ nomine teneri, ideoque re facto ejus, aut negligentia perempta, eo nomine eum condemnari in litis (i) æstimationem. Sin casu, placet malæ fidei quidem possessorem, qualis post judicium acceptum est etiam is, qui cum ante bona fide possidebat, temere ad judicium provocavit, adhuc teneri, quasi res extaret, non teneri possessorem bonæ fidei, qualem in proposito post litem contestatam etiam accipimus eum, qui ab initio bona fide possidens, juste ad judicium (k) provocavit; illum enim moram in re restituenda facere, cujus hæc vis, ut obligationem, & actionem (l) perpetuet; hunc non facere, ideoque nec factum (m) præstare. Ceterum duæ omnino sunt causæ, ex quibus re casu amissa, nec malæ fidei possessor tenetur: una, si res eodem modo peritura fuisset apud petitorem, ut nec (n) pretium fuisset consequuturus; altera si rem ex necessitate, puta corruptioni obnoxiam, distraxit, quo casu pretium dumtaxat restituere tene-

eum pertinentiis, fundum cum fructibus perceptis, & percipiendis; ita hoc declarat Schneid. in §. *curare. Inst. de act. n.* 19. consentit Guid. Pap. *q.* 148. Verum in his nihil necesse est, vel generaliter exprimi, cum rei petitæ insint, aut accedant, per *l.* 10. §. 1. *de usuc.*

(z) *d. l.* 1. §. *ult.* & sufficit, verbi causa; in grege majorem capitum numerum, modo gregi conficiundo sufficiat, meum esse. *d. l.* 1. §. *ult.* & *l. seq. eod.* Sed & totus grex noster intelligitur, etsi capitibus iis, ex quibus initio constabat, amissis alia substituta. *l.* 3. *eod.* facit *l. proponebatur*, 76. *de jud.*

(a) *l. rerum*, 30. *in pr. de usuc.* quæ distinctio a Stoicis sumpta. Vide Cujac. 26. *obs. ult.* & 15. *obs.* 33.

(b) *l.* 6. *hoc tit.* Ut, si res soli sit, dicatur nomen, & locus, finibus quoque, ac limitibus suis determinetur. Schneid. in §. 1. *Inst. de act. n.* 139. *c.* 2. ubi DD. *ext. de libell. oblat.* Si mobilis, in servo nomen, & si plures cognomines, aliæ quoque qualitates: in animalibus sexus nomen, & color; in rebus inanimatis in materia infecta pondus; in signata species, ac numerus nummorum, &c.

(c) *d. l.* 6. *l.* 35. §. *ult. l. quæ de tota*, 66. *h. t.* Nota obiter partem indivisam quamvis corporis demonstratione incerta est, certam tamen esse quantitate, quod hic sufficit.

(d) *d. l. quæ de tota*, §. 1. & *l.* 5. §. *ult. l.* 5. *in pr.* & §. *ult. hoc tit.*

(e) *l. Julianus*, 17. §. 1. *l. præterea*, 20. *l. qui restituere*, 68. *in pr. h. t. de rei vind.*

(f) De quo separatim in persona possessoris, ad cujus jus hoc pertinet, dicamus *cap. seq.*

(g) *l.* 9. *eod.* quo loco exceptionem J. C. intelligit unam aliquam ex iis, quibus petitorem in hac actione diximus removeri.

† *l. sin autem*, 27. §. 1. *eod.* finge rerum omissa quæstione possessionis judicium suscepisse.

(h) *l. si post*, 18. *eod.* Quamvis enim lite contestata non interpellatur recte cœpta usucapio. *l.* 2. §. *ult. pro emp.* hic tamen pro justa acquisitione non habetur, quia res initio litis debuit restitui.

(i) *l. qui petitorio*, 36. §. 1. *l. si culpa*, 63. *h. t.* Extra culpam tamen est possessor, qui re usus est ad eum usum, ad quem comparata est, & in eo recti usus servavit modum, licet propter hunc usum res perierit, exemp. in *l.* 16. §. 1. *hoc tit.*

(k) Vid. *l. illud*, 40. *de hered. petit. l.* 15. §. *ult.* & *l.* 16. *in pr. hoc tit.*

(l) *l. ult. de cond. furt. l. pen. unde vi. l. si servum*, 91. §. *sequitur. de verb. obl.*

(m) *l. si quis solutioni*, 24. *in pr. de usur.* junct. *l. si ex legati*, 23. *de verb. obl.*

(n) *l.* 14. *in fin. depos.* Sicut & in petitione hæreditatis. *d. l. illud*, *in pr. de hered. pet.*

tenetur, non veram (o) æstimationem. Non est satis rem restitui, nisi restituatur in eadem causa, id est, qualis erat, cum in judicium (p) deducta est; proinde si possessor rem post litem contestatam usucaptam a se oppigneraverit, aut servum usucaptum manumiserit, aut rem deteriorem factam, puta animal debilitatum, vulneratumve restituerit, non (q) liberabitur. Quia vero hæc latere possunt tempore restitutionis, adversus hoc periculum hæc provisio est, ut possessor caveat, nihil se in ea re dolo, aut culpa fecisse; qua cautione exposita tenebitur in id, quod petitoris interest, rem recte restitui. De deteriore facta est etiam actio legis Aquiliæ de damno dato, quæ etiam de casu perempta adhuc curat, cessante licet in rem actione (r).

Rem petitam proxime sequuntur accessiones. Sic nunc proprie voco ea omnia, quæ rei petitæ aliunde accesserunt (s), qualia sunt, quæ per alluvionem adjiciuntur, insula, alveus a flumine desertus, ædificium in area petita positum, ususfructus cum proprietate rei petitæ consolidatus. In eadem causa sunt & fructus pendentes a quocumque sati (t).

Tertio & fructus, & ancillarum partus in restitutionem veniunt. De (u) fructibus sextuplex quæstio: quid fructuum nomine contineatur, ut intelligamus id in restitutionem venire; an omnes fructus tam qui percipi potuerunt, quam percepti restituendi; ex quo tempore, ad quod usque tempus eorum ratio habeatur. Fructus generaliter est omnis obventio, omnisque reditus, qui ex re quovis modo (x) percipitur. Genera fructuum (y) duo: unum eorum, qui natura proveniunt; ut foenum, poma, segetes, lac, pilus, lana, quorum quidam magis sponte proveniunt quidam magis industria, & opera humana, unde illi vulgo naturales, hi industriales dicti; alterum eorum, qui jure percipiuntur, idest, ex usu rei, & locatione, ut mercedes ex vecturis, pensiones prædiorum, usuræ. Hos autem omnes æstimari, & in restitutionem venire (z) placet. Hinc jam secunda inducitur quæstio; percepti ne fructus tantum, an vero & qui non percepti percipi potuerunt, restituendi. Et placet utrumque genus post inchoatam (a) æstimandum, perceptos quidem omnes, ex non perceptis eos, qui (b) honeste percipi potuerunt; quasi nec percipi possit, quod non honeste potest. Utrius autem personam in eo spectabimus? nempe (c) petitoris, cui volumus consultum. In summa ergo sic definimus; omnes fructus, quos petitor percipere potuisset, quamvis possessor eos non perceperit, ac ne percipere quidem potuerit, in restitutionem venire; contra non venire, quos petitor percipere non potuisset, non solum si possessor eos non perceperit, sed etiam si (d) perceperit. Tertio omnes possessores in hanc restitutionem post litem contestatam includimus, ut non solum perceptorum fructuum, sed etiam eorum, qui percipi potuerunt, in omnibus ratio habeatur, neque cuiquam patrocinetur, quod aut justo titulo rem possideat, aut ad judicium juste provocaverit; eoque pertinet, quod dicitur, post litem contestatam omnes possessores pares (f) esse. Quarto superioribus consequens, est ut omnium rerum, ex quibus modo percipi fructus natura, aut jure potest, etiam earum, quæ usu (g) consumuntur, fructus æstimari debeant; usque adeo, ut & fructuum fructus, & accessionum (h) præstentur.

Duo

(o) *l.* 15. §. 1. *hoc tit.* Constat autem eo loco agi de distractione, quæ fit pendente lite proprietatis; & quæri, non an pretium sit restituendum, sed an pretium dumtaxat, an vera rei æstimatio.

(p) *l.* 2. *de usur.* ut petitor consequatur quod habiturus fuisset re initio litis restituta. *l.* 20. *hoc tit.*

(q) *l.* 16. *l.* 13. *hoc tit.* adde *d. l.* 20. *l. si homo*, 45. *eod.* ubi cautionis, quæ sequitur, fit mentio.

(r) *l.* 13. *in fin. l.* 14. *l. sin autem*, 27. §. 2. *eod.* De concursu plurium actionum habes integrum caput hujus libri 42.

(s) Vide *l. fructus*, 33. *in fin. & l. seq.* ff. *l. si in area*, 16. *C. hoc tit.*

(t) *l.* 11. *C. eod.* Ad quod significandum haud dubie referri debet, quod dicitur in *l. fructus*, 44. *eod.* fructus pendentes partem fundi videri.

(u) Nempe post litem contestatam adversus possessorem æstimandis.

(x) *l.* 7. *in pr. l. item si*, 9. *in pr. l. arbores*, 59. §. 1. *de usufr.*

(y) Vide quæ scripsimus, & notavimus *lib.* 1. *cap.* 22. *& cap.* 74. adde Sich. in *l.* 5. *C. hoc tit.* Damhoud. *prax. civ. c.* 104. *n.* 1. *& seq.*

(z) *l. fructus*, 33. *l. si navis*, 62. *h. t.* perinde ut in petitione hæreditatis. *l. sed etsi*, 25. §. *ult. de her. pet.*

(a) *d. l.* 33. *l.* 2. *Cod. de fruct. & lit. expens.* idque consequens regulæ jam aliquoties allegatæ ex *l.* 20. *hoc tit.*

(b) *d. l.* 33. Differentiæ rationem reddidi in petitione hæreditatis *sup. c.* 33.

(c) Traditur hoc in *l. si navis*, 62. §. 1. *h. t.* convenienter eidem illi regulæ. *l.* 20. *eod.*

(d) Finge nudæ proprietatis dominum petiisse, deinde inter moras litis usumfructum amissum ad proprietatem rediisse, fructuum ratio habebitur ex eo primum tempore, quo ad proprietatem ususfructus reversus est. *d. l.* 33. Aliud exemplum in *l.* 35. *eod. in pr.*

(f) *l. sed etsi*, 25. §. *si ante, de her. pet. l. certum est*, 22. *in fin. h. t.* Quid si titulo possideant? Damhoud. *prax. civ. cap.* 104. *n.* 19. existimat eos, quamvis mala fide possideant, de non perceptis non teneri, sequutus gloss. in *l.* 17. *Cod. hoc tit.* Bart. & DD. citramontanos, qui omnes, excepto Castr. & Sal. idem sentiunt, sed perperam, & refelluntur per Text. expressum in *l.* 10. §. *& fructus*, 20. *quæ in fraud. cred.* Ultramontani quoque, ut Pet. & Cyn. hic a gloss. dissentiunt, teste Sich. in *d. l.* 17. *num.* 5.

(g) Sive, ut Papin. loquitur, quasi fructui sunt. *l. cum in rem*, 64. *hoc tit.* ut in pecunia usuræ. *l. usuræ*, 34. *de usur.* in frumento, vino, oleo, &c. additamenta. *l.* 12. *l.* 28. *C. de usur.*

(h) *d. l.* 33. *in fin. & l. seq. l.* 17. §. 1. *eod.* Nam quod ibi de partuum fructibus scriptum, id multo magis ad fructuum fructus pertinet; estque hoc ipsum diserte traditum de prædone in petitione hæreditatis. *l. illud*, 40. §. 1. *de her. pet.*

Duo tantum sunt rerum genera, ex quibus placet fructus perceptos dumtaxat restitui, non perceptorum rationem nullam haberi. Prius genus est earum rerum, quæ opera, & beneficio possessoris rei accesserunt; finge servum petitum aliquod artificium a possessore edoctum; improbe desiderabit petitor eos fructus æstimari, quos possessor percipere potuit, nec (*i*) percepit. Alterum genus est earum rerum, quæ usu (*k*) consumuntur, ut pecuniæ numeratæ, cujus fructus usuræ; frumenti, olei, vini mutuo dati, quorum fructus additamenta dicuntur. Cur igitur aliarum rerum, quamvis natura fructum non feratur, fructus, qui percipi potuerunt, æstimantur, non æstimantur usuræ, quas percipere potuit, qui pecuniam non attingit? nimirum recte exigitur, ut possessor præstet quod dolo malo, aut culpa sua non percepit; illud non recte, ut novum sibi periculum (*l*) arcessat. Quod si qui fructus ante litem contestatam percepti sunt, ii proprium corpus constituunt, ut in hoc judicium tamquam rei petitæ accessiones venire non possint; sed si petitor etiam eos jure consequi potest, alia actione nominatim petendi sunt. De quo sic habe. Malæ fidei possessor si quos fructus percepit ante litem contestatam, eos omnes cum ipsa re præstare (*m*) debet, teneturque eo nomine de extantibus quidem, & condictione, & rei vindicatione, de consumptis vero (*n*) condictione tantum. Si nullos percepit, nihil fructuum nomine recta ab eo (*o*) peti potest, sed potest per consequentiam, si qua sit adversus eum (*p*) actio in personam de re ipsa, puta interdictum unde vi, aut condictio furtiva. Alia causa est bonæ fidei possessoris. Is fructus omnes, etiam qui natura sponte proveniunt, si eos ante litem contestatam percepit, & bona fide consumpsit, lucratur, solum extantes restituere cogitur, ad quam rem non alia actio domino proposita, in condictione sine (*q*) causa. Postremum erat, quousque fructuum præstatio protenderetur. Sic habendum puto. Si res petita sine culpa bonæ fidei possessoris inter moras litis amissa est, fructus in eum diem solum æstimari, ad quem usque (*r*) possedit; hoc uno autem remoto, generaliter definiendum, fructuum rationem usque ad tempus rei judicatæ spectandam, sive res tamdiu extet, sive rei amissæ nomine non minus teneatur possessor, quam si (*s*) extaret. Quæ tamen definitio non sic accipienda, quasi post rem judicatam nulla porro fructuum ratio haberetur. Sane totum quidem illud tempus, quod judicatis indulgetur, immune est a præstatione fructuum (*t*) non perceptorum, si moram possessor ante sententiam non fecit; ceterum cum omnes intra id tempus percepti restituendi sint actione (*u*) judicati, non est dubitandum; cum ea intercapedo dilationem dare, non lucrum adferre debeat.

Quarto, & postremo in restitutionem hujus judicii venit lucrum omne, quod per causam rei petitæ extrinsecus possessori obvenit. Hoc quadruplex; res omnes rei petitæ delatæ, ut servo petito legatum, (*x*) hæreditas; actiones per occasionem rei possessori quasitæ, puta re usucapta actio in rem, & ad (*y*) exhibendum; item actio legis (*z*) Aquiliæ, non usucapta; actio locati, depositi, commodati, fructus, & litis æstimatio, quam possessor Publiciana agens ab alio possessore percepit; denique quod possessor accepit, aut pro re ablata, puta agro militibus publica auctoritate assignato, aut pro re distracta, ut pretium, ubi id habere expedit petitori (*a*).

Fines sibi propositos petitori officio Judicis con-

(*i*) *l. ceterum*, 31. *hoc tit.* Idem ergo dicendum est, si possessor in area petita ædificium posuit, & cum id locare posset, pensionemque percipere, non fecit. Satis enim esse debet petitori, quod beneficio possessoris accessiones illas percipiat.

(*k*) *l. si navis*, 62. *hoc tit.* quod & in pecunia hæreditaria placuit. *l. item veniunt*, 20. §. *Papinianus*, *de hær. pet.*

(*l*) Hac differentiæ ratione objectionem istam diluit Papinian. in *d. l. si navis*.

(*m*) Idque est, quod generaliter definitur in *l.* 22. C. *hoc tit.* malæ fidei possessores omnes fructus præstare; nempe non tantum, qui post litem contestatam percepti, sed etiam qui ante.

(*n*) *l.* 3. C. *de cond. ex leg. l.* 4. §. *post litem*, ff. *fin. regund.*

(*o*) Neque enim vindicari possunt, quos non possedit unquam, eoque nec potest ullo modo videri desiisse possidere, neque possunt per se condici; non condictione furtiva, quia non contrectavit; non actione negotiorum gestorum, quia nullius negotium gessit; non condictione sine causa, quia nihil apud se habet, aut habuit.

(*p*) *l. videamus*, 38. §. *si actionem*, *de usur.* junct. *l.* 1. §. *ex die*, 4. *l. pen. unde vi*. *l.* 8. §. *ult.* & *l. ult. de cond. furt.*

(*q*) Dixi *lib.* 1. *cap.* 22. praxim tradit Damhoud. *prax. civ. cap.* 104. *num.* 11. & 5. *seq.* & *ibid. in annot.* Nic. Thulden. sed nescio an usu receptum, quod tradunt.

(*r*) *l. si a bona*, 21. Hoc ideo, quia res, quæ ita periit, etiam jure pro amissa habetur, ut possessor ejus nomine non teneatur. *l.* 16. *d. l.* 21. *eod.*

(*s*) *l.* 17. §. 2. *l.* 33. *eod. l.* 3. §. 1. *de usur.* Poterat dubitari re amissa; siquidem natura repugnare videtur, ut fructus æstimentur ejus rei, quæ non est. Sed ratio juris facit, ut quasi res non periisset, fructus præstentur usque in eum diem, quo sententia dicitur. *d. l.* 17. §. 1. *d. l.* 33. *arg. l. si servum*, 91. §. *sequitur*, *de verb. oblig.*

(*t*) Secus tamen, si mora intervenerit, nam si ante propter moram fructuum præstandorum necessitate obstrictus fuit, absurdum est, eum aut sententia, aut legitimi temporis spatio ea præstatione liberari. *l.* 3. *in pr. de usur.*

(*u*) *d. l.* 17. §. 2. *vers. sed & fructus*, *hoc tit. d. l.* 3. *in pr. de usur.*

(*x*) *l. præterea*, 20. *hoc tit.* quæ tamen constat in fructu non esse, ideoque nec usufructuario acquiri. *l.* 21. & *seq. de usufr.*

(*y*) Quas cedere debet petitori. *l. si a bona*, 2. *hoc tit.*

(*z*) Quæ & ipsa illi veluti domino post usucapionem quæsita. *d. l.* 17. §. 1. *vers. usque adeo*, & *vers. ult.*

(*a*) Vid. *l.* 20. §. 1. & 2. *d. l.* 17. §. 1. *vers. sed & fructus*. *d. l.* 21. *eod.*

consequitur, in quo effectus hujus judicii cernitur. Officium hoc partim in sententiæ latione, partim in sententiæ latæ exequutione. De sententia quæstio duplex: an Judex omnes superiores præstationes sententia sua complecti debeat, deinde qualem eam sententiam esse oporteat. Primo placet Judicem de superioribus rebus omnibus sententiam ferre debere, nec quominus id faciat, ultro suo errore (*b*) excusari; immo ne interitu quidem rei, quamvis re amissa possessor liberatur, impediri, quominus pronunciet eamdem rem petitoris fuisse, atque in fructus, reliquasque accessiones possessorem pro eo tempore, quo possedit (*c*) condemnet. Secundo qualem esse hanc sententiam oporteat, ex intentione actoris, cui omnis sententia subservire debet, sumendum. Is petitione sua duo complectitur: dominum enim primo se esse contendit; deinde rem sibi cum omni causa restitui (*d*) debere. Ad hanc igitur petitionem Judex conformabit sententiam, primo, ut pronunciet petitorem (*e*) dominum esse, deinde si res adhuc extat, eam restitui debere (*f*) arbitretur, quo jussu una cum re omnis causa continetur. Si paret possessor (*g*), absolvitur, si non paret, sequitur plena (*h*) condemnatio, ac velut exequutionem superioris arbitrii continens. Et si quidem rem habet, manu (*i*) militari officio Judicis a recusante restitutionem possessio transfertur, fructusque dumtaxat, & cetera, quæ non apparent, condemnatione facta æstimantur; si non habet, nec restituere potest, si quidem dolo fecit, quominus possit, quantum adversarius in litem (*k*) juraverit, damnandus est. Quod si nullus dolus intervenerit, non pluris damnatur, quam quanti res est, seu in veram rei (*l*) æstimationem. Quod si res petita in rerum natura esse desierit, hic post declarationem Judicis statim nullo arbitrio (*m*) præcedente condemnatio fit in æstimationem litis, servata in rebus æstimandis eadem distinctione.

CAPUT XXXVII.

Quid possessor judicio rei vindicationis consequatur officio Judicis.

Hactenus quid actor petat, consequaturque diximus; deinceps videndum de possessore. Huic quoque geminus finis propositus, quem & ipse utrumque officio Judicis consequitur; unus vincenti, si qua justa ex (*n*) causa hoc obtinere debeat; victo alter, ut si in damnum propter rem petitam incidat, non ante cogatur rem restituere, quam indemnis præstetur, unde & restitutioni hanc exceptionem adjecimus, dum ne postulet petitor locupletari cum damno possessoris. Damnum, quod possessor hic juste metuit, duplex: præteritum, & futurum. Præteritum versatur in impensis in rem petitam factis. Impensæ non omnes in eadem causa. Quæcumque impensæ fructuum aut quærendorum, aut colligendorum, aut conservandorum gratia factæ sunt, hæ omnes citra ullam distinctionem ab omnibus possessoribus (*o*) deducuntur, ut in hac de qualitate impensarum non sit laborandum. Ubi vero in rem ipsam impensæ factæ proponuntur, hic illa impensarum tripartita (*p*) distinctio constituenda.

(*b*) *l. & ex diverso*, 36. §. 1. *eod.* ubi duplex hujus juris redditur ratio.

(*c*) *l.* 16. *eod.* nec obstat quod traditur in *l.* 4. C. *de pos.* actione principali sublata, tolli etiam petitionem, & condemnationem de accessionibus; actio enim hic non est sublata, quippe quæ in re semel judicio petita, quamvis ea postea perierit, nihilominus tamen durat, cujus rei evidens argumentum est; quod Judex etiam de ea re pronunciare debet.

(*d*) Duplicem hanc conclusionem propriam esse hujus actionis omnes uno ore affirmare testatur VVesemb. *ad hunc tit.* Cod. *num.* 31. sustineri tamen libellum, quo actor petit rem sibi restitui, quamvis expresse non desideret se dominum declarari, idem ibid. affirmat, & recte. Nam qui rem sibi restitui petit, per consequentiam etiam se dominum declarari tacite desiderat; utique si de dominio controversia sit, idque in narratione deductum. VVesemb. *d. loc.*

(*e*) Qua pronunciatione non adjudicatur dominium; sed declaratur dominus. *l.* 35. § 1. *hoc. tit.* Non novum dominium acquiritur, sed acquisitum antea declaratur. *l.* 8. §. *si serv. vind.*

(*f*) *d. l.* 35. §. 1. idest, jubeat possessorem rem restituere, uti hoc exprimit Ulpian. in *l. qui restituere*, 58. *hoc tit.*

(*g*) Cujus satisfactionis habita ratione dictum est olim vulgo omnia judicia absolutoria esse. §. *ult. Inst. de perp. & temp. act.*

(*h*) Unde apparet actionem hanc vere esse arbitrariam, utpote cujus absolutio, aut condemnatio ex arbitrio Judicis pendeat. §. *preterea*, *Inst. de act.*

(*i*) *d. l.* 68. Nempe prætoria potestate, seu manu ministrorum. *l.* 1. §. 2. *si vent. no. mul.* hoc est per apparitores, seu viatores, qui cum sententias exequutioni mandent. *l.* 5. *ultus*, 27. *ut in poss. leg.* instar sunt militum. Oldend. in *miscell. post progymnasm.* Sane si victus vi resistat, nec per officiales res expediri possit, oportet Magistratum extra ordinem manu vere militari uti, ne decreta fiant elusoria. *l.* 3. *in pr. ne vis fiat ei, qui in poss. miss. erit.*

(*k*) *d. l.* 68. qua de re plura *lib.* 4. *c.* 22.

(*l*) *d. l.* 68. facit *l. si culpa*, 63. *eod.* quæ satis arguit, æstimationem hic non permitti jurijurando actori, sed a Judice fieri. Oldendorp. *class.* 5. *act.* 2.

(*m*) Ineptum enim, & elusorium foret arbitrium Judicis de restituendo, ubi non est quod restituatur. *l.* 18. §. *de dolo.*

(*n*) Puta si vel non possedit, vel res sine dolo, & culpa ejus periit, vel si quam exceptionem objecit, aut si petitor se dominum esse non probavit. *l.* 4. *Cod. de eden. l. ult. hoc tit.* Nec necesse est possessori contra vindicare, ac se esse dominum dicere, nisi & dominum pronunciari velit. Don. in §. 1. *Inst. de act. n.* 25. Hotom. *ibid. sub fin.* VVesemb. ad *hunc tit.* C. *n.* 54.

(*o*) *l. si a domino*, 36. §. *ult. de hær. pet. l. fructus*, 51. *in pr. fam. erc. l.* 7. *solut. matr.* ubi hæc ratio a veteribus redditur, quod fructus non intelligatur, nisi quod deductis impensis superest. add. Leonin. 4. *emend.* 1. *num.* 10. Pinell. in *l.* 2. C. *de resc. vend. p.* 2. *cap.* 3. *num.* 4.

(*p*) Tradita in *l. impensæ*, 79. *de verb. sign. l.* 3. *de imp. in res. dot. fact.*

tuenda est, ut aut necessariæ sint, aut utiles, aut voluptariæ, quia non omnium in deductione eadem ratio. Necessariæ impensæ sunt, quæ nisi factæ essent, res aut interitura fuisset, aut deterior futura, quales sunt refectiones ædificiorum, cultura agrorum, cura, & alimonia (*q*) animalium. Utiles, quæ factæ fructum quidem augent, sed quibus non factis res non minus integra foret, ut si ædificium in area petita positum sit, servi artificium aliquod docti. Voluptariæ, quæ speciem dumtaxat ornant sine ulla utilitate, ut viridaria, aquæ salientes, incrustationes (*r*) picturæ. Necessariarum impensarum hæc una, & constans in omni possessore definitio est: omnes hujus generis impensas opposita doli mali exceptione servari (*s*) posse, cum non personæ possidentis deductio tribuatur, sed causæ, ne scilicet petitor cum damno possessoris lucrum (*t*) faciat. Enimvero hæc regula perpetua quidem est, si res, in quam hujusmodi sumptus facti sunt, adhuc extet; ceterum si ea perierit, interest, utrum possessor eo nomine adhuc teneatur, nec ne; si tenetur, eadem impensarum repetitio (*u*) est; sin minus, impensæ ei (*x*) pereunt. Utilium impensarum in utroque possessore dissimilis ratio; nam nec bonæ fidei possessori eas deducere usquequaque concessum. Quid ergo? Nempe bonus Judex varie de eo ex personis, causisque constituet, expenderetque omnia ad illam naturæ, æquitatisque regulam, qua traditur, neminem cum alterius detrimento fieri debere locupletiorem. Potest autem in his impensis varie accidere, ut ne petitor lucrum sentiat, idque partim ob conditionem personæ suæ, partim ob causam. Referet igitur, utrum petitor dives sit, an pauper. Si dives, deducet impensas bonæ fidei possessor, at hoc tamen rursum ita, nisi petitor paratus sit pati possessorem tollere impensam, quam fecit. Sin pauper, qui si hosce sumptus refundere cogeretur, necesse haberet rem suam distrahere, nihil proficiet possessori ad impensas servandas exceptio; ne si possessor eas reddere cogatur, re sua idcirco carendum habeat, præter æquitatem, & (*y*) finem hujus judicii. Causæ, ob quas utilium impensarum deductio admissa, hæ tres: si dominus easdem facturus (*z*) fuisset; si quamvis pauper rem venalem (*a*) habuerit; si possessor antequam certo cognosceret rem alienam esse, denunciaverit actori, se pro rei commodo ædificare velle, isque (*b*) dissimulaverit. Detrahe has causas, quid relinquetur possessori? nihil sane amplius, quam ut si petitor deductionem non admittat, patiatur possessorem (*c*) tollere, quod posuit. Sed & hoc ipsum in paupere petitore certas habet conditiones, easque hasce tres; prima est, dum id fiat sine læsione prioris status; secunda, si possessor emolumenti aliquid inde sit consequuturus; tertia, si petitor non tantum offerat, quantum his rebus ablatis possessor habiturus sit; neque enim malitiis indulgendum (*d*) est. Atque hæc quidem de bonæ fidei possessore. Malæ fidei possessoris in hoc impensarum genere deterior conditio; nam cum ei, qui sciens, verbi causa, in alieno ædificavit, possit objici culpa, quod temere ædificavit in eo solo, quod sciret alienum, suaque ideo voluntate materiam amisisse videri, ideo nec ullam eo nomine (*e*) deductionem habet. Hoc tantum ei indultum est, ut tollat ædificium, quod posuit, sine (*f*) dispendio domini areæ. Cur ergo in petitione hæreditatis placet malæ fidei possessorem impensas omnes (*g*) deducere, quibus res hæreditaria melior facta est? an quia hoc judicium bonæ fidei est? an potius,

(*q*) Plura exempla harum impensarum proponuntur in *dict. l. §. ult. & tt. II. seq. de imp. in res dot. fact.*

(*r*) Indicantur hæc in *d. L. impensæ, de verb. sign. l. 5. §. ult. l. voluptariæ, de imp. in res dot. fact.*

(*s*) *l. plane, 38. de her. pet. l. domum, C. hoc tit.* exceptio tamen videtur in fure, qui nec impensas in alimenta infantis deducit. *l. 1.* & ibi gloss. *Cod. de infr. expos.*

(*t*) *d. l. plane, de hered. pet. l. nam hoc natura, de cond. ind.* Hanc autem æquitatem non mutat mala fides possessoris.

(*u*) Hoc est, deductis hisce impensis, quod superfluum est æstimationis possessor restituet; nihil enim interest, res præstetur, an rei æstimatio. *l. quia qui, 39. de usufr.*

(*x*) Tum quia deductionis æquitas hic deficit; tum quia exceptio (quæ una impensas servandi via est) nulla esse potest, ubi nulla est actio. *l. 2. de except.* Plane in petitione hæreditatis, licet res, in quam sumptus facti, non extet; natura tamen illius judicii talis est, ut possessor bonæ fidei eos sumptus per retentionem aliarum rerum consequi possit; quippe cum res omnes unius sint, & ejusdem hæreditatis, quæ per eos sumptus melior aliquando facta est. At in rei vindicatione una tantum res est, quæ petitur, aut si plures, singulæ separatim. Adde quod possessori hæreditatis æquum sit hoc tribui, qui de fructibus etiam bona fide perceptis, quatenus ex his locupletior factus, tenetur. *l. 20. §. 3. de her. pet.*

(*y*) *l. sin autem, 27. §. ult. hoc tit.* & potissimum *l. in fundo, 38. eod.* quam omnino vide.

(*z*) *d. l. in fundo, in pr.* facit *l. si servos, 25. de pign. act.*

(*a*) *d. l. in fundo, in fin. l. nisi, 29. hoc tit.*

(*b*) *l. aut si, 30. eod.* Hoc ideo, quod qui in re sua monitus ita tacuit, consensisse intelligitur. per *l. qui patitur, 18. mand.*

(*c*) *d. l. in fundo.* In quo non minimum incommodum possessoris; nam & operas fabrorum amittit, nec rem unquam fere talem recidit, qualem posuit.

(*d*) *d. l. in fundo.* hoc est, nemini concedendum, quæ alteri noceat, sibi non prosit. *l. 9. de serv. l. 2. §. 5. in fin. de aq. pl. arc.*

(*e*) *L. 5. C. l. Julianus, 57. in fin. ff. hoc tit. l. adeo. §. ex diverso, de acquir. rer. dom. §. ex diverso, 30. Inst. de rer. div.*

(*f*) Non aliter tamen, quam si sublato eo, quod posuit, aliquid lucri laturus sit, neque tantum ei offerat petitor, ex sententia Celsi in *d. l. in fundo, hoc tit.*

(*g*) Hoc satis aperte traditum in *l. plane, 38. de her. pet.* Diss. tamen Cujac. 10. *observ.* 1. & Ant. Fab. 2. *conj.* 1.

tius, quia qui hæres, non continuo dominus rei † petitæ? mihi quidem nihil commodius ad hæc conciliandа impræſentiarum occurrit. Voluptariarum impenſarum, quatenus tales, nulla omnino deductio eſt, ceſſante videlicet cauſa, quæ huic deductioni locum facit. Plane ſi probetur petitorem eaſdem impenſas (*h*) facturum fuiſſe, aut rem habuiſſe venalem, & propter impenſas plus (*i*) conſequuturum, impenſæ, quæ ſua natura voluptariæ ſunt, ex voluntate ejus fiunt utiles, ut jam locus eſſe incipiat exceptioni ad eas ſervandas, ſi modo (*k*) bonæ fidei poſſeſſor ſit, qui eas fecit. Utique qui per exceptionem retinere impenſas non poteſt (*l*), ei poteſtas eſt tollendi, quod ſine detrimento rei tolli poteſt. Illud hic tenendum, ut ubicumque deductioni impenſarum locus eſt, fructuum ante litem conteſtatam perceptorum fiat (*m*) compenſatio. Servandarum autem impenſarum una ratio eſt, retentio rei oppoſita doli mali (*n*) exceptione. Quod ſi omiſſa exceptione poſſeſſor rem reſtituerit, conſtanter a veteribus traditum eſt, nullam ei impenſarum nomine competere (*o*) actionem. Futurum damnum metuitur, aut ex obligatione a poſſeſſore rei petitæ nomine ſuſcepta, ut ſi, verbi cauſa, propter ædes vitioſas damni infecti caverit, cujus amoliendi ratio hæc, ut petitor caveat, his rebus recte (*p*) præſtari; aut ex rei petitæ conditione, ſi (*q*) æſtimationem præſtiterit ejus rei, quæ abeſt. Hic adhibeatur cautio per petitorem non futurum, quominus res (*r*) tradatur. Sed & actiones, quas actor habet, reo cedere cogitur, niſi is dolo malo poſſidere deſierit (*ſ*).

CAPUT XXXVIII.

Compendioſa reliquarum actionum in rem deſcriptio.

HIſce de petitione hæreditatis, deque rei vindicatione cognitis, ceteras in rem actiones in his velut exemplis propemodum expoſitas habemus; nam & iis competunt, quorum res eſt, & adverſus eos, qui eam poſſident, de ea ipſa re, omnia ut in rei vindicatione; denique, & exitum judicii fere eumdem habent. Proinde non eſt operæ pretium ſingulas anxie perſequi, cum vel brevi earum deſcriptione aſſequi poſſimus, tum quæ cauſæ ſint ſingularum ad agendum, tum ſi quid eorum, quæ communia diximus, non in omnibus uſquequaque ſervetur. Earum igitur rerum, quæ extra perſonam poſitæ ſunt, reliquæ ſunt actiones de rebus incorporalibus, ſive † ſervitutibus. Hæ duæ: confeſſoria, qua ſervitus vindicatur; negatoria, qua verbis negatur deberi ſervitus; re adſeritur, libertas. Ambæ in hoc a rei corporalis vindicatione diſtant, quod etiam poſſeſſori ſervitutis ultro dentur. Sed neque negativæ actiones ullæ in controverſiis rerum corporalium proditæ. Sed hæc, & alia pleraque ſunt ejuſmodi, ut uberiore explicatione indigeant, & a me tractata in argumento de (*t*) ſervitutibus, quarum natura vix eſt, ut ſine his actionibus penitus cognoſci potuiſset. Tranſeo igitur ad actiones in rem de rebus in perſona noſtra poſitis, in quo genere poſitæ ſunt actiones, quæ dicuntur præjudiciales.

Præjudiciales actiones ſunt, quibus inter aliquos agitur de alterutrius ſtatu, dum aut unus alterius ſtatum oppugnans in eo aliquid juris ſibi vindicat, aut alter adverſus alterius oppugnationem ſtatum ſuum ſibi defendit.

Status

† Nec difficili probatione dominii gravatur; cui etiam hoc addi poteſt, quod magis favendum repetitioni, quam adventitio lucro, ad quod hæres vocatur. *l.* 41. §. 1. *de reg. jur.*

(*h*) *Arg. l. in pupillo*, 47. *de ſolut. l.* 3. §. *nec non*, *de in rem verſo*. Nec dubium, quin Celſi diſputatio in *d. l. in fundo*, *verſ. pen.* eod. pertineat.

(*i*) Hoc expreſſe traditum a Pomp. in *l. niſi*, 29. *hoc tit.*

(*k*) Nam prædoni probe dicetur, non debuiſſe in rem alienam ſupervacuas impenſas facere. *l. utiles*, 39. §. *de hær. pet.*

(*l*) Etiamſi ſit malæ fidei poſſeſſor, quod adjicit Cajus in *d. l.* 39. *in fin.*

(*m*) *l. ſumptus*, 48. *l. emptor*, 65. *in pr. hoc tit.* adde Pinell. in *l.* 2. *Cod. de reſc. vend. p.* 2. *cap.* 3. *n.* 62 *& ſeq.*

(*n*) *d. l.* 27. §. *ult. d. l. in fundo*, ff. *l.* 11. *l.* 16. *C. hoc tit. per l.* 14. *de dol. except.* junct. *l.* 14. *de cond. ind.*

(*o*) *l. ſi in area*; 33. *de cond. inp.* Gomeſ. in *l. Tauri*, 46. *num.* 2. Elb. Leonin. 4. *emend.* 1. *num.* 50. Diff. Martin. qui util. actionem neg. geſtor. dedit, ut refert Accurſ. in *d. l. in fundo*: ſequitur Goed. in *l. impenſæ*, 79. *de verb. ſing.*

(*p*) Ideſt, ſi quid eo nomine aberit poſſeſſori, id ſe recte præſtiturum. *l.* 15. *hoc tit. de rei vind.* ſimilia habes in *l. pen. de hær. pet. l. is a quo*, 57. *& ſeq. h. t.*

(*q*) Nam litis æſtimatio, quæ pro re petita præſtatur, emptionem facit *l.* 3. *por empt.* ubi ſimiles locos notat Gothofr. Huic autem conſequens eſt, ut ſi petitor rei dominus fuit, poſſeſſor item dominus fiat, aut ſi non fuit, evictionis nomine obligetur. *l.* 11. §. 1. *de act. empt.*

(*r*) De evictione autem cavere non cogitur. *l. ex diverſo*, §. 2. & ibi ratio *hoc tit.*

(*ſ*) *l. ſi culpa*. 63. *l. is qui dolo*, 69. *& ſeq. eod.* Sed & non ceſſis actionibus publiciana ſuccurritur ei, qui culpa, non fraude poſſeſſionem amiſit, etiam adverſus dominum, qui litis æſtimationem accepit. *d. l.* 63.

† Et quidem jure civili de ſervitutibus tantum, ut recte docet Vand. 2. *var. q.* 27. Sed hodie poſtquam juriſdictio facta eſt patrimonialis, etiam huc accommodari poſſunt aliæ per extenſionem, quæ & communis ſententia, teſte Suarez *recept. ſent. num.* 52. adde Gail. 2. *obſerv.* 66.

(*t*) *Lib.* 1. *c.* 75. *& ſeq. & c.* 81. adde quæ notamus *c.* 33. *hujus libri ſect.* 2.

Status personæ triplex: libertas, ingenuitas, jus familiæ. De libertate, quæ causa liberalis dicitur, agitur inter duos, quorum unus eum, cum quo agit, servum suum esse dicit: alter contra servum se esse negans, liberum se esse (u) contendit. In domino ultro agente actionem agnoscas confessoriæ similem, in servo in libertatem proclamante similem negatoriæ. De ingenuitate quæstio incidit inter eos, quorum unus alterum libertum suum esse dicit, seque ei patronum esse; alter se ejus libertum esse (x) negat. Prior jus patronatus sibi vindicat actione confessoria; alter ingenuitatem (y) negativa. De jure familiæ agitur, cum quæritur, utrum quis filius sit, an non sit, sive se patrem quis, aut filium esse intendat, aut (z) neget. Pater ergo si filium petit, qui se filium esse neget, agit præjudicio cum filio, ut is filius suus pronuncietur. Viceversa, si quis pro filio non agnoscitur, qui se filium dicit, huic præjudicialis actio est adversus patrem, qua petat, ut talis pronuncietur, & pro tali (a) agnoscatur. Hæ autem actiones ex parte excellentiore non male in rem esse dicuntur, quia his omnibus qui agit, aliquid suum vindicat, dominus servum suum in servitutem: servus libertatem; patronus jus patroni, libertus ingenuitatem; pater jus patris; filius filii. Sed non per omnia in rem sunt illæ, quæ proprie ita dicuntur; nam ex duobus finibus ceteris propositis priorem tantum præseferunt, nempe ut talis declaretur actor, qualem se esse contendit. Nulla hic petitur (b) restitutio, cujus condemnatio sequatur. Ceterum statu adversarii sententia Judicis semel constituto, actor præjudicium paratum habet, quo consequatur (c) commoda, quæ ex statu nascuntur, tribuunturque domino, patrono, patri, filio. Hinc etiam apparet, cur hæ actiones appellentur præjudiciales, aut uno verbo præjudicia, nempe ducto nomine ex fine harum actionum proprio; non tantum, quia aliis causis aliquando præjudicium adferunt; sed quia præjudicii aliis rebus faciendi causa, ex professo instituuntur, atque ut instituuntur, ita & fine (d) exceptione omnibus faciunt. Alias præjudicii appellationem latio rem esse, quam præjudicialium actionum satis notum est.

Restant adhuc actiones de rebus quasi nostris, sive ad jus nostrum pertinentibus, quæ omnes prætoriæ. Earum duæ item species: quædam de universitate, quædam de rebus singulis. De universitate duæ sunt: possessoria hæreditatis petitio, quæ bonorum possessoribus tamquam justis hæredibus jure (e) prætorio prodita; item fideicommissaria hæreditatis petitio, proposita iis, quibus ex fideicommisso restituta est hæreditas, qui & ipsi vice hæredum habentur. Ac per has actiones tantumdem (f) consequimur, quantum hæreditatis petitione civili. De rebus singulis ad jus nostrum pertinentibus actiones in rem quatuor comparatæ & ipsæ jure honorario: emphyteuticaria, superficiaria, publiciana, serviana, & hypothecaria. Emphyteuticaria in rem actio est, quæ datur emphyteutæ de agro emphyteutico, seu vectigali. Superficiaria, quæ de superficie superficiario competit. Uterque quamdiu pensio constituta solvitur, pro domino habetur, eademque illis in rem actio jure (g) prætorio datur, quæ supra a nobis exposita est. De jure autem emphyteutico, itemque ejus, qui superficiem in alieno solo habet, tractatum est suo loco in jure rerum nostrarum. Actio publiciana competit de re, quam quis ex justa causa sibi traditam bona fide accepit, & cujus nec dum dominus effectus possessionem amisit. Quinque igitur hic con-

---

(u) *l. 7. §. ult. l. 10. de lib. ca. §. præjudiciales. Inst. de act.* dicitur & liberale judicium. *d. l. 10.*

(x) Seque aut ingenuum plane esse, aut ab eo, cum quo agitur, ingenuum esse contendit. Don. in *d. §. præjudiciales*, n. 2.

(y) Et alterutro agente præjudicium redditur. *l. 14. h. quoties*, 18. *de prob. l. ult. si lib. ing. esse dic.* An contra Vasallos nostri temporis, qui nolunt dominum recognoscere, utile hoc præjudicium detur, quæsitum. Negant Joan. Fab in *d. §. præjudiciales*, nu. 11. Zas. *ibid. vers. qui de Vasallo*. Schneid. n. 20. & DD. com. Alio autem pacto domino consulitur, qui feudum tamquam commissum auferre potest.

(z) Hujus generis item est actio de partu agnoscendo, cui locus est, cum maritus soluto matrimonio partum ab uxore editum suum esse negat, sive quod neget eam uxorem suam fuisse, sive quod ex se prægnantem; mulier contra legitimum partum, & ex marito editum contendit. *l. 1. §. dies, in fin. de agnosc. lib.*

(a) Datur hæc actio etiam matri pro filio. *l. 2. §. 1. d. tit.* Quantum differat ab actione de partu agnoscendo, docet Don. *d. loc.* n. 5. Hanc præjudicialem utiliter etiam fratribus, aliisque cognatis dari, ut quis frater, vel cognatus, vel de nobili familia pronuncietur, & consequetur nomen, arma, & insignia familiæ ferre, feudaque, & alias successiones sperare possit, cum Bart. Jas. Spec. Zas. concludit Schneid. in *d. §. n. 34.*

(b) Ut fit in actionibus, quæ proprie tales sunt. *l. 9. l. qui restituere, de rei vind.*

(c) Quæ autem sint ista commoda domini, patroni, patris, filii, satis notum est; summam eorum collegit Don. in *d. §. n. 7.*

(d) Etiam inter alias personas, inter quas postea de eodem statu quæstio inciderit. *antep. de stat. hom.* exempla in *l. 1. §. ult. l. 2. l. 3. in pr. de agno. lib.* quamvis alias res inter alios judicata aliis non noceat. l. *pen. de re jud.*

(e) *l. 1. de poss. her. pet.* ne quis putet hoc judicium possessorium esse, sicut interdicta.

(f) *l. 2. d. tit. l. 1. & 2. de fid. her. det.* adde Oldend. *class. 5. act. 6. & 7.* Nec dubium est, quin utraque hæc actio bonæ fidei sit, ut est petitio hæreditatis civilis. Don. in §. *actionum*, 28. *Inst. de act. n. 38.*

(g) *l. 1. §. 1. si ag. vect. l. in speciali*, 73. §. 1. & *l. seqq. de rei vind.* Quia vero is, qui jus vectigale, aut superficiarium habet, prope nihil differt a vero domino. ideo fortassis hæ actiones, ut notiores, & a rei vindicatione vix distantes omissæ in Inst. Don. in §. 5. *Inst. de act. n. 5.*

concurrere debent: ut res sit (*h*) tradita; ut ex justa causa; ut bona fide accepta; ut accipiens nondum dominus factus sit; ut possessio ejus casu amissa. Traditionem latius accipimus, ut etiam rerum incorporalium, puta servitutum, quasi (*i*) traditio contineatur. Ceterum etiam ante traditionem publiciana experiri licet ex iis causis, ex quibus nuda voluntate dominium transfertur, veluti si res a non domino † legata sit. Justam causam accipimus eam, ex qua re a vero domino tradita, dominium in accipientem transiret, cujusmodi sunt, emptio, donatio (*l*), legatum. Bona fide accepisse intelligitur, qui eum, a quo rem accepit, aut dominum esse putavit, aut jus transferendi (*m*) habere. Nec dum autem dominus rei effectus dicitur, qui rem a non domino acceptam nondum (*n*) usucepit. Postremo, casu amissam possessionem esse volumus; amissam quidem, quia in rem actio nunquam ultro possessori datur, ubi sufficit, quod possideat; amissam casu, quia qui voluntate eam amisit, ejus recuperandæ actionem nullam habet. Datur publiciana, ut & ceteræ in rem, adversus (*o*) possessorem, sed ita, nisi is possessor pari jure, & æquitate nitatur. Quapropter si duo ab eodem non domino rem emerint, potior erit, cui priori res tradita est; si a diversis non dominis, melior erit causa (*p*) possidentis. In universum autem justi domini exceptio merito publicianæ (*q*) objicitur. In ceteris mutata persona actoris, nulla est inter hanc actionem, & rei vindicationem differentia. Actione serviana experitur quis de rebus coloni, quæ pignoris jure pro mercedibus fundi ei tenentur. Hypothecaria, seu quasi Serviana de reliquis rebus pignori obligatis competit. Utraque actio in rem jure prætorio constituta adversus omnes pignoris possessores, adeoque adversus dominum, fine, effectuque judiciis superioribus (*r*) pari. Quid sit pignus, quid hypotheca, tum quo modo constituantur, proprio titulo traditum est volumine secundo.

CAPUT XXXIX.

De actione ad exhibendum.

Libet hic subnectere actionem ex alio quidem genere, sed quæ vel ideo hoc maxime loco tractari debeat, quod propter in rem actiones potissimum comparata sit, utpote quarum quædam præcursio, & præparatio est. Ea est actio ad exhibendum, de qua, quia multa continet animadversione digna, & a ceteris actionibus discrepantia, etiam dicendum est enucleatius. Eam igitur sic licet definiamus: Actio ad exhibendum est actio in personam de re mobili, ut ea exhibeatur, ejusque videndæ, & tractandæ potestas agenti fiat. Actionem hanc personalem esse diserte scribit (*s*) Ulpianus. Unde ergo ea nascitur? Non utique ex facto aliquo (*t*) obligatorio ejus, qui ea tenetur, sed ex summa æquitate, conjuncta cum utilitate publica, & civili, nempe ut unusquisque teneatur præstare, quod illi nullo modo noceat, alteri etiam (*u*) prosit, ad obtinendum id, quod sibi debetur. Hoc posito indagandum porro, qualis sit hæc actio, & quid contineat, iisdem illis locis vestigia nostra regentibus, quibus diximus rectam omnem

---

(*h*) *l.* 1. *l.* 7. §. *ult. hoc tit. de pub. in rem act.* §. 4. *Inst. de act.* Hæc tamen actio non competit, si talis sit reus, ut ejus alienatio, aut usucapio jure prohibita sit. *l.* 9. §. *pen. l.* 12. §. 4. *h. tit.* Plane si ideo usucapi non possit, quia non possideatur, adversus dominum, ut accidit in prædiis vectigalibus, & superficiariis, publiciana competet. *d. l.* 12. §. 2. & 3. Quid enim impedit, quominus possessor rei emphyteuticæ, aut superficiei usucapiat adversus eum, qui tale jus constitutum habet? Azo in *summa ad tit. Inst. de act. n.* 15.

(*i*) Usus nimirum accipientis, & patientia constituentis. *l.* 11. §. 1. *h. tit. l. ult. de serv.*

(*k*) Aut ex Trebelliano alicui restituta hæreditas, etiamsi non fuerit nactus possessionem. *d. l.* 12. §. 1. facit *l.* 7. §. *in publiciana*. *l.* 15. *eod.* Oldend. *class.* 3. *act.* 3. *in pract. n.* 3.

(*l*) *l.* 1. & *seq. h. tit.* Quid si causa subesse putetur, ut si quis ignorans emerit a furioso? datur publiciana non contra furiosum. *l.* 2. §. *si a furioso, pro empt.* sed contra extraneum. *l.* 7. §. 2. *h. tit.* & ibi Accurs.

(*m*) Puta Procuratorem, aut Tutorem esse *l. bono*, 109. *de verb. sign.* Sicut autem ad usucapionem in emptore bona fides exigitur non solum traditionis, sed etiam contractus tempore, ita & hic *d. l.* 7. §. *pen.* & *ult.* Mynf. in *d.* §. 4. *n.* 25. Schneid. *n.* 41.

(*n*) *l.* 1. §. 1. *hoc tit.* Sed quid si dominus, cum difficilis esset, ut fere solet, dominii probatio, hac actione mallet, quam rei vindicatione uti? licebit ne id vero domino? putarem licere cum Mynf. ad *dict.* §. 4. *num.* 38. & *seq.* Old. *d. loc.* quem omnino vide. Diff. Schneid. *d. loc. n.* 24. & *seq.* Accurs. Jaso *ib.* Sed & ex quo usus fori cumulationem actionum admisit, eodem libello publicianam cum rei vindicatione (disjunctim tamen) proponi posse recte defenditur. Oldend. *d. loc.* Schneid. §. 3. *Inst. de act. n.* 71. & *seq.* Mynf. in *d.* §. 4. *n.* 62. & *seq.* Gail. 1. *obs.* 62. *n.* 5.

(*o*) Aut qui dolo desiit possidere. per *l. si fundus*, 16. §. 3. *de pign.*

(*p*) *l.* 9. §. 4. *h. tit. de public. in rem act.* ut possessio juncta titulo fortior sit titulo nudo, ubi a diversis res habetur. Old. *d. loc.* Schneid. in *d.* §. 3. *n.* 28.

(*q*) *l. pen.* & *ult. h. tit.* Sed tamen quæ vindicanti domino obstant, quominus possessor ei rem restituere debeat, eadem & possidenti, ac publiciana convento obstabunt, quominus retineat. Don. in d. §. 4. *n.* 15.

(*r*) *l. si fundus*, §. 3. *de pign.* DD. in §. *item Serviana*, *Inst. de act.*

(*s*) *l.* 3. §. 3. *hoc tit. ad exhib.* In rem certe non est, quia nihil nostrum hac actione petimus, nec dominii, aut juris nostri ulla quæstio hic vertitur. Est tamen ita personalis, ut sit in rem scripta. Oldendorp. *class.* 3. *act.* 1. *q.* 2. Mynf. in §. *præterea*, *Inst. de act. num.* 4. Cujac. 9. *obs.* 7.

(*t*) Unde quidam putavere hanc actionem esse irregularem, quomodo & Hotom. in §. 1. *Inst. de act.*

(*u*) *l.* 2. §. 5. *in fin. de aq. pluv. arc.* hinc æquitas exhibitionis. *l.* 3. §. *pen. ff. l.* 7. *C. hoc. tit.* pulchre Old. *d. act.* 1. *q.* 2.

nem actionis institutionem contineri; nempe ut quaramus, cui competat, adversus quem, de qua re, cujus rei gratia. Competit hæc actio ei, cujus ob eam, quam dixi, causam (x) interest rem exhiberi. Igitur Judex ad exhibendum, summatim, quod in præparatoriis tralatitium est (y) cognoscet, an actor aliquam justam, aut probabilem ejusmodi causam habeat, propter quam sibi exhiberi desideret. Justam causam habent duo: primum qui præsentem actionem habent, ad quam utiliter exercendam exhibitio necessaria. Hujus generis actiones, quatenus non animadvertimus, tres sunt: actiones in rem (z) omnes, quæ quidem sunt de re mobili; interdicta, ex quibus non minus, quam in vindicationibus exhibitio (a) necessaria, qualia sunt quod legatorum, unde vi de rebus mobilibus, quæ sunt in prædio nostro vi occupato; de precario, de glande legenda; actiones ex maleficiis servorum, sed duobus tantum casibus: primum si is noxali actione acturus est, qui servum qui nocuit designare non possit, propterea quod ei ignotus est, quo casu tota familia (b) exhibenda: deinde si de plurium maleficiis criminaliter agatur, ubi quem actor novit (c), exhibendus, ut conscios indicet. Secundo qui actionem in rem certo jure speratam habent; præsentem re exhibita habituri. Hoc bifariam contingit, Primo in rebus nostris, quæ alienis junctæ per prævalentiam iis cedunt. Has, quamdiu alienis cohærent, vindicare non possumus; tunc possumus, cum sunt separatæ, quod per actionem exhibitoriam (d) consequimur. Altero modo in pluribus rebus, quarum una, quam optaverit, alicui legata est (e). Hæc res absque optionem vindicari non potest, ante exhibitionem ne operari quidem. Est ergo in utroque hoc genere exhibitio omnino, & absolute (f) necessaria. Ex his jam singulis illud conficitur, eum, qui nullam hujusmodi actionem præsentem, aut κατ' ἐλπίδα habeat, aut nullam omnino exhibitoria experiri non posse, quamvis alioqui ejus (g) intersit, veluti si actor rationes adversarii exhiberi sibi postulet, quarum editio ad probationem quidem utilis, ad exercendam vindicationem non (h) necessaria: aut si studiosus libros alienos sibi exhiberi desideret, ut ex his fiat doctior. Sane cessante actione ad exhibendum, benigne receptum est, ut interdum in (i) factum detur; ut si, verbi causa, desideremus exhiberi nobis rationes nostras scriptas in charta aliena, quam idcirco vindicare non possumus. Porro ut utilitas hujus actionis constet, non exigitur plena, & perfecta ab actore probatio, ut fieret in judicio principali, sed sufficit Judicem summatim cognoscere, intersit ne actoris, ut intendit, an non intersit, rejectis in directum judicium exceptionibus, quæ altiorem quæstionem (k) habeant. Quatuor tamen exceptæ, quæ quod ex facto actoris nascuntur, in hoc judicio omnimodo disceptandæ; pacti conventi; doli mali; jurisjurandi; rei judicatæ.

Competit adversus eum, qui possidet, aut quovis modo rem tenens restituendi habet (l) facultatem, & convenienter adversus eum quoque, qui dolo fecit, quominus (m) possideat. Adversus hæredes, tamquam hæredes non datur, nisi quatenus ex dolo defuncti locupletior (n) facta est hæreditas; omnia similiter, ut in rei (o) vindicatione. Neque tamen

(x) l. 3. §. sciendum. l. 13. l. pen. hoc tit. Duo enim sunt principia, ac fundamenta hujus actionis; si actoris intersit & si reus possideat. Sich. in l. 3. C. hoc tit.

(y) Ex sententia Neratii d. l. 3. §. si mecum, 9. VVesf. par. hoc tit. n. 3.

(z) l. 1. d. l. 3. §. hoc tit. Et si plures sint, quorum unus unam, alius aliam hujus generis actionem habeat, possint omnes eodem tempore ejusdem rei nomine adversus eundem ad exhibendum agere. d. l. 3. §. Pomponius.

(a) d. l. 3. §. si mecum, l. 9. §. 1. eodem. Non sunt autem in hoc numero interdicta, quæ de rebus ipsis exhibendis competunt, qualia sunt, de libero homine exhibendo, de liberis exhibendis, de tabulis exhibendis. Ad quid enim præparatoria, ubi ipso interdicto consequimur, ut res exhibeatur, & avocetur possessio? Priora duo etiam propria ratione hinc removentur, quæ redditur in l. 13. h. t. adde Goed. in l. 22. de verb. sign. n. 8.

(b) d. l. 3. §. si quis, 7. Quod quidem speciale, propterea quod ignorantia actoris, qui cum noxio nihil contrahit, auxilio digna est, & maleficium pœna; sed ita tamen, ut ad causas similes jure protrahi possit. Sichar. in rubr. C. hoc tit. n. 8.

(c) l. ult. ff. l. 2. Cod. eodem. Aliis quoque in personalibus actionibus per hanc viam muniri volunt VVesemb. par. hoc tit. num. 3. Mynf. in §. præterea. Inst. de act. n. 44. facit l. ult. Cod. eod. l. 4. hoc tit. l. petenti, 27. de pign. act.

(d) l. 6. & l. seq. hoc tit. l. in rem, 23. §. item, de rei vind.

(e) d. l. 3. §. item si, hoc tit. Idem ergo erit, si legata, quam Titius optaverit.

(f) Et alioqui facile quis per fraudem rei conventi, vel per accidentem rerum qualitatem jure suo invitus privari posset. Oldendorp. d. class. 3. act. 1. in pr.

(g) d. l. 3. 1. Nam quod generaliter definitur, dari hanc actionem ei, cujus interest, sic accipiendum cujus interest propter actionem aliquam ob quam exhiberi desideret; neque enim oportet verba captare &c. l. pen. eodem.

(h) d. l. pen. Oldend. d. act. 1. q. 8. & in assin. remed. Mynf. d. §. n. 55. VVesemb. par. h. tit. n. 3.

(i) d. l. 3. §. pen. quæ diversa est ab actione, ut recte sentit Sich. ad l. 4. C. h. tit. n. 5. Old. d. act. 1. q. 8. per l. 7. C. h. tit.

(k) d. l. 3. §. sciendum, & §. ibidem, 13. Neque in hac præparatoria urgetur actor ad probationem dominii, aut juris sui, sed ut causam alleget, cur exhiberi velit. Olden. d. act. 1. intent. actoris, n. 2. add. Sichar. in rubr. C. h. tit. n. 5. & in l. 1. n. 7. & 8.

(l) d. l. 3. §. ult. l. 4. in pr. & §. 1. hoc tit. tenetur & filius. l. 12. §. 1. item municipes. l. 7. §. 3. eod.

(m) l. 14. ff. l. 5. C. eod. exempla in l. 9. in pr. & §. 1. 2. 3. eod.

(n) d. l. 12. §. ult. hic tit. argum. l. cum autem, 52. de rei vind.

tamen ideo dicendum est, hanc actionem in rem esse, quod expresse negat Ulpianus; sed cum miscelli generis sit, personalem tamen esse dicimus, quia origine talis est, quæ in hujusmodi discretionibus maxime spectanda. Datur de rebus mobilibus duntaxat; quippe res soli nec loco moveri, nec latere (*p*) possunt. Datur de re certa, proinde etiam certis signis, & argumentis, perinde ut in rei vindicatione (*q*) designanda; excepto illo primo casu, cum ex noxali actione civiliter agitur, ne per ignorantiam actoris impunitum maneat maleficium. Finis hujus judicii, in quo & effectus duplex, sicut & reliquarum actionum: unus ab actore; alter, cujus per consequentiam etiam ratio habenda, a reo. Ab actore, ut res jussu Judicis exhibeatur cum omni causa. Hæc summa, sed dicamus explicatius. Tria sunt hujus loci capita ordine excutienda. Primum est, an hac actione conventus semper rem exhibere debeat, & quo loco. Sic sentio, eum, qui tempore rei judicandæ possidet, etsi initio litis non possideret, semper ad exhibendum teneri; idemque esse, si dolo, aut culpa ejus factum sit, quominus possideat. Quod si cum judicii accepti tempore possideret, postea sine dolo aut culpa possidere desierit, absolvi eum oportere; tantum ut caveat, si res adhuc extat, se exhibiturum, si in potestatem ejus (*r*) pervenerit. Si in præsentia facultatem exhibendi possessor non habeat, interdum ei ex causa tempus a Judice indulgetur, nempe petenti sine frustratione, & eamdem cautionem (*s*) offerenti. Locus exhibendi idem, qui in rei (*t*) vindicatione. Secundum est, quid voce exhibendi, & causæ significetur. Exhibere est rei in publico potestatem facere tum videndæ, tum contrectandæ, ut (*u*) experiundi sit copia. Causæ nomine continetur tum res ipsa, tum commoda externa rei. In re hæc sunt, ut exhibeatur res eadem, eodemque jure, quo fuit, cum petita est. Eadem res exhibita videtur, si exhibitum est idem corpus eadem specie, quæ fuit tempore litis (*x*) contestatæ. Quid si deterior facta? Si dolo, aut culpa possessoris, tenebitur actione legis Aquiliæ de damno; nam ad exhibendum absolvi (*y*) debet. Eodem jure, si re exhibita actori (*z*) integra sit actio principalis, ut initio fuit. Commoda quoque externa, puta fructus (*a*) rei, una cum exhibitione in restitutionem hoc judicio veniunt; quod tamen haud dubie cum (*b*) Accursio sic accipiendum, si possessor hac actione victus de re ipsa porro contendere judicio directo (*c*) supersedeat. Tertium est, quænam adversus possessorem denegata exhibitione condemnatio. Et placet condemnandum esse in id, quod actoris interest, hoc est, in id omne, quod vel habuit, vel habere potuit, si res ab initio exhibita (*d*) fuisset. Earum rerum duplex officio Judicis æstimatio: adversus contumacem, quanti actor in litem (*e*) juraverit; adversus ceteros, quanti res vere est. Finis victi possessoris, ut rem exhibenti, & restituenti præstetur indemnitas, tum nomine impensarum in rem exhibitam factarum, tum damni, quod a re, vel jam contigit, vel contingere speratur; illud sarciendum ante restitutionem; hujus nomine cavendum possessori (*f*).

CAPUT XL.

Rectæ institutionis actionum in personam brevis descriptio.

ACtiones in rem, earumque rectam institutionem proximus actionum in personam gradus excipit. Hic itidem occurrunt iidem illi loci, qui in omni recta actionis institutione: cui;

(*o*) A quo recte ad hanc actionem argumentum duci, & vicissim, docet Cujac. in Paulo ad *d. l.* 12. §. 1. Erit igitur, & hic locus Pœnæ negantis se possidere. *l. ult. de rei vind.* Oldend *de act.* 2. in *fin.* Mynsing. in §. *præterea. Inst. de act. n.* 59.

(*p*) *l.* 2. *C. quand. & quib. quart. pars lib.* 10. Mynsi. *d. loc. n.* 43. Old. *de act.* 2. *quæst.* 2. Goed. in *l.* 22. *de verb. sign. n.* 5.

(*q*) Actor in hac actione omnia nosse debet, & dicere argumenta rei, de qua agitur. *d. l.* 3. *in pr.* modo hæc cognita habere possit. *d. l.* 3. §. 7. Old. *d. act.* 3. *q.* 7. Sichard. *ad rubr. C. h. tit. n.* 7.

(*r*) *l.* 7. §. 4. & 5. *l.* 5. §. *ult. hoc tit. & arg. l.* 15. §. *ult. & l.* 13. *de rei vind.*

(*s*) §. *si ad exhibendum, Inst. de off. jud. l.* 12. §. *pen. hoc tit.* causæ hujus generis indicantur in *l.* 5. §. *ultim. eodem.*

(*t*) *l.* 11. §. 1. *eod.* junct. *l. si res mobiles, & du. seqq. de rei vind.*

(*u*) Non utique actione ad exhibendum, qua jam satis actum est, sed principali, quam actor re exhibita exequi constituit, *l.* 2. junct. *l.* 9. §. 5. *h. tit.*

(*x*) *l. præterea,* 20. *de rei vind. d.* §. *si ad exhibendum. Inst. de off. jud. l.* 9. §. 5. *h. tit.*

(*y*) *l.* 17. *ff.* junct. *l.* 7. *Cod. hoc tit.* & ibi Sichard. *n.* 5. & *seq.*

(*z*) In nulla causa, quam intendit, læsa. *d. l.* 9. §. 5. adde *l.* 10. & *d. l.* 9. §. 6.

(*a*) Nempe fructus animalium, partus quoque ancillarum. *d. l.* 9. §. *pen. d.* §. *si ad exhibendum.*

(*b*) In *d.* §. *pen.* ubi recte monet eodem modo accipiendos esse locos omnes, qui de restitutione ex hac actione facienda loquuntur; nam qui rem ipsam restituere non debet, utique nec accessione debet.

(*c*) Posse autem hanc actionem una cum principali eodem libello proponi; quia id ad compendium litis tendit, docet Oldendorp. *d. act.* 1. *q.* 7. ita tamen, ut Judex non una cognitione utramque expediat, sed prius cognoscat, & pronunciet de præparatoria. Old. *d. loc.* Sich. in *rubr. C. h. tit. n.* 8.

(*d*) *d.* §. *si ad exhibendum,* quod declaratur in *d. l.* 9. §. *pen. & ult. l.* 10. *l.* 11. *in pr. h. tit.*

(*e*) Sicut fit in omnibus actionibus arbitrariis. *l.* 5. *de in lit. jur. vid. l.* 3. §. 2. *l.* 5. §. 2. *l.* 9. §. *ult. hoc titul.*

(*f*) Hæc variis exemplis indicantur in *d. l.* 5. §. 2. & *seq. d. l.* 9. §. 2. in *fin.* de impensis est in *l.* 11. §. 1. *hoc tit.*

cui, adversus quem; qua de re; quo effectu competant. Principio hic necesse non est actionum in personam genera distinguere, sicut in actionibus in rem fecimus, quæ singulæ ex propriis causis nascuntur; nam actionis in personam una, & communis omnium causa est obligatio. Sic enim a veteribus (*g*) describitur, ut sit actio, qua agimus cum eo, qui nobis obligatus est ad dandum aliquid, aut faciendum. Sed & hoc constituto, jam ab initio in promptu est, quod ad superiores locos in commune respondeamus; nempe actionem in personam dari ei, qui alium sibi obligatum habet, uno verbo creditori; adversus eum, qui obligatus est, quem proprie debitorem dicimus; de eo, quod in obligationem deductum est; ut id, quale, quantumque sit, præstetur, & solvatur. Qui igitur vim, & effecta cujusque obligationis cognoverit, idem & hujus rei universæ certam cognitionem habebit. Atqui de obligationibus, earumque causis, & præstatione alibi diligenter disputavimus, ut huic parti jam abunde satisfactum videri debeat, in qua quæritur de recta institutione earum actionum, quæ obligationem, ut causam, effecta necessario sequuntur; præsertim cum suas cuique obligationi actiones ibidem (*h*) adjunxerimus, quo vis, & potestas earum perfectius cognosceretur. Tantum illud monendi sumus, ibi nos actionem considerare ut partem patrimonii nostri, nempe ut est res incorporalis, & jus agendi; hic ut ipsam judicii persecutionem, rem novam quidem, & a jure agendi distinctam, sed tamen quæ ab eo jure tota pendeat. Unum nescio an ibi prætermiserim, quod ad exitum harum actionum pertinens hic commode inseri potest. Id tale est. Diximus ibi, si id, quod debetur, datum, aut præstitum non erit, tanti litem æstimari, quanti quæque res est. Quæritur ergo, ex vero ne, an ex affectu actoris? Et (*i*) extat hac de re generalis definitio: Pretia rerum non ex affectione, & utilitate singulorum, sed communiter fungi; nimirum igitur tanti res unaquæque æstimanda erit, quanti omnibus valet. Sed habet tamen hoc hanc exceptionem, nisi talis sit actio, quæ jusjurandum in litem admittat. Admittunt autem bonæ fidei actiones omnes, quibus rem a nobis profectam repetimus, quales sunt, commodati, depositi, locati, & similes. In his enim similiter, ut in actionibus in rem, ob contumaciam non restituentis in infinitum jurare actori permittitur, & rem etiam ex affectione (*k*) æstimare. Ceterum ut reus, non præstito eo, quod debet, damnetur in æstimationem litis, in ceteris actionibus in personam perpetuum est: solæ stipulationes prætoriæ, quæ instar actionis obtinent, ex hoc numero eximendæ; cujusmodi sunt hæ tres: damni infecti, quod legatorum conservandorum causa; rem pupilli, vel adulti salvam fore; in quibus hoc (*l*) observatur, ut si quis cavere recuset, nulla quidem fiat adversus invitum condemnatio in id, quod interest, sed ex duabus prioribus mittatur actor in possessionem rei servandæ causa, ex tertia tutor, aut curator ab administratione removeantur. Hisce cognitis, vix quidquam superest, quod ad institutionem actionum in personam informandam in re admodum desideremus. Nam quæ extant harum actionum divisiones, & nomina, ea comparatæ quidem sunt ad eas res, quæ de his actionibus quæri solent, significandas, iisdem tamen illis rebus, & solis manentibus, quas dixi.

CAPUT XLI.

Divisiones actionum in personam, earumque nomina.

Age tamen, videamus, quænam sint istæ divisiones, & actionum nomina, quam significationem, & usum habeant; nam & ista scire fortassis ad cognitionem rerum nonnihil proderit. Igitur in omni actione in personam tria hæc quæri solere constat: an sit; quid sit; & qualis sit. Principio cum quæritur, an sit aliqua actio, hoc quæri intelligitur, an sit aliqua parte juris constituta. Ad hoc docendum gemina divisio comparata est. Prima, qua omnis actio, aut civilis dicitur, aut prætoria, aut (*m*) extraordinaria. Civiles sunt, quæ aut legibus constitutæ sunt, aut certo jure civili (*n*) confirmatæ. Prætoriæ, quas Prætor ex sua (*o*) jurisdictione comparatas habet, quæ etiam honorariæ appellantur. Eas autem sic

(*g*) *l. actionum*, 25. *de obl. & act.* §. 1. *Inst. de act.* unde obligatio dicitur parere actionem in personam. *l. licet*, 42. §. 2. *de proc.*

(*h*) Quod & omnes juris auctores factitasse, quoties de obligatione aliqua tractarunt, observare possumus in *tit. de neg. gest. de const. pec. commod. depos. locati*.

(*i*) In *l. si servum*, 33. *ad leg. Aquil. l. pretia*, 63. *ad l. Falc.*

(*k*) *l.* 5. *de in lit. jur.* Plenius hæc persequimur *lib.* 4. *c.* 32.

(*l*) Vid. *l. Prætor.* 7. *de damn. inf. tit. ut in possess. leg. seu fid. ca. esse liceat*, *l.* 1. & 2. *C. de tut. vel cur. qui sat. non ded.*

(*m*) Extant duo priora membra hujus divisionis in *l. actionem*, 25. §. *ult. de obl. & act.* tria integra in *l. pecuniæ*, 178. §. *pen. & ult. de verb. sign.*

(*n*) §. 3. *Inst. de act.* junct. §. 1. *Inst. de obl.* Quidam etiam ex responsis prudentum actiones constitutas docent, ut & Hotom. in *d.* §. 3. *quod non placet*. vid. Don. in *d.* §. *n.* 10.

(*o*) *d.* §. 3. id autem est, ex dicto suo, ut passim alibi jurisdictio pro edicto. *l.* 1. §. *pen. de post. l.* 7. *de jurisd. & similib.* nam edictum pars erat jurisdictionis prætoriæ. *l.* 2. §. *eodem*, *de or. jur.*

fic exaudiri oportet, ut in his contineantur etiam (*p*) ædilitiæ. Enimvero non est argumentum prætoriæ actionis, quod Prætor dicat edicto suo, actionem dabo. Solebant enim Pratores etiam legitimas, & civiles actiones edictis monitoriis (*q*) proponere, sed eæ dumtaxat prætoriæ sunt, quæ ex jurisdictione Prætoris [illegible]nium. Extraordinariæ sunt, quæ nullo certo [illegible]re ab initio constitutæ paulatim in assiduam [illegible]risdictionem abjerunt, qualis est fideicommissi (*r*) persequutio. Secunda divisio eodem pertinens est, qua actiones distribuantur in directas, & (*f*) utiles. Directa actio est, quæ verbis ipsis legis (*t*) proponitur: utilis, quæ cessantibus verbis ex sententia legis utilitatis causâ (*u*) inducitur. Notandum tamen actionem directam interdum dici eam, quæ jure civili prodita est, relatione scilicet facta ad jus prætorium; contra prætoriam ad jus civile relatam dici utilem, tametsi aperte verbis edicti proposita sit (*x*).

Actione jure constituta quæritur, quænam ea sit, & quo nomine appelletur. Hic in magna varietate observandum est, quædam esse generalia actionum nomina, quædam specialia. Generalia sunt quatuor: actio, seu condictio; interdictum; cognitiones extraordinariæ; stipulationes prætoriæ. Actio nomen generis (*y*) est, quo interdum omnis actio tam in rem, quam in personam significatur; interdum actio in personam tantum, sed omnis tamen; interdum etiam a tribus illis posterioribus (*z*) distinguitur, contrahiturque ad certam speciem, eam videlicet, quæ a veteri agendi forma etiam (*a*) condictio dicitur. Eam sic describimus: Actio in personam est actio de re, aut pecunia aliqua ordinariam cognitionem (*b*) habens. Interdicta sunt actiones in personam de possessione vel adipiscenda, vel retinenda, vel (*c*) recuperanda; quorum iterum ex forma jubendi quædam dicuntur prohibitoria; quædam restitutoria, quædam exhibitoria. Cognitiones extraordinariæ sunt (*d*) actiones in personam de salariis Advocatorum, Medicorum, &c. sic dictæ, quia contra usitatum Judiciorum ordinem ipse Prætor de his cognoscebat, non judicem dabat. Prætoriæ stipulationes, quæ genere quodam actionis petuntur (*e*) tres sunt: damni infecti, legatorum servandorum causâ, rem pupilli salvam fore. Appellantur autem actiones per metonymiam subjecti; ipsæ enim stipulationes actiones non sunt, sed actionibus petuntur.

Generibus infinitæ species subjectæ: quarum & infinita prope nomina; sed quæ ad rationem originis suæ revocata, & ipsa futura sint finita. Ducuntur autem aut a causis propioribus; ab efficiente, actio ex stipulatu, commodati, empti, venditi, tutelæ, furti, &c. a re petita, condictio certi, condictio furtiva, interdictum de precario; a forma agendi, cum aliæ vulgares, & usitatæ, ac proinde certæ, aliæ incertæ dicuntur, aut præscriptis verbis, & in factum; a fine, actio ad exhibendum popularis, noxalis, tributoria; interdicta de tabulis exhibendis, de homine libero exhibendo, de liberis exhibendis, ducendisve; aut a remotioribus; a nomine legis, actio legis Aquiliæ, condictio ex lege; aut auctore actionis, ut Pauliana, Calvisiana, condictio triticiaria, interdictum Salvianum; aut a personis contrahentium, ut exercitoria, & institutoria, aut denique ex primis edicti verbis, ut quod metus causâ, interdicta quorum bonorum, quod legatorum, unde vi, uti possidetis, utrubi, quod vi, aut clam.

Sed quomodocumque actiones suis nominibus distinguuntur, nascuntur omnes ex iis causis, quæ a nobis expositæ sunt in argumento de obligationibus; ac proinde ad substantiam rei nihil admodum hæc distinctio pertinet. Eo conducere potest, ut res ipsæ, quarum notæ sunt, & symbola, certius intelligantur.

Cum constabit, quænam sit actio, restat ut qualis ea sit, inquiramus. Ad hoc ostendendum variæ iterum divisiones comparatæ. In summa, quæ-

(*p*) *l.* 5. *in pr. de verb. obl.* §. 2. *Inst. de divis. stip.* Non quod re vera sint prætoriæ, sed propter similitudinem, ut ex parte præcipua juris honorarii intelligatur totum. Don. in *d. l.* 5. *&* *in d.* §. 3. *n.* 13.

(*q*) Exemplo sit actio commodati, quæ edicto quidem proposita. *l.* 1. *commod.* civilis tamen est. *l.* 17. §. 2. *eodem.*

(*r*) *d. l. pecuniæ*, 178. §. *pen. de verb. sign.* §. 1. *vers. quia. Inst. de fid. hær.* Goedd. in *d. l.* 178. huc refert & cognitiones extraordinarias.

(*f*) Extat hæc divisio in *l. actio*, 47. *de neg. gest. l. actiones*, 27. *de obl. & act.*

(*t*) Eo recta alicui, & in aliquem datur, quasi verba legis in eum dirigantur. Don. in §. 4. *Inst. de act.* n. 11.

(*u*) Quorum utrumque declaratur accommodatis exemplis ex *l. Aquilia in* §. *ult. Inst. de l. Aquil.*

(*x*) Sic directa actio opponitur prætoriæ, in *d.* §. 4. & superficiaria utilis dicitur. *l.* 16. §. *ult. de pign. act.* quamvis verbis edicti proposita. *l.* 1. *de superfic.* Don. in *d.* §. 4. n. 11. *Myns. ibid.* n. 9.

(*y*) Vid. *d. l. pecuniæ*, 178. §. 2. *de verb. sign. l. actio*, 28. *d. l. actionis*, 37. *de obl. & act.*

(*z*) Ut in *l. non solum*, 39. *in pr. de proc.* & traduntur ista diversis *tit. de actionib. de damno infecto, de interd. de extraord. cognitionib.*

(*a*) §. *appellamus. Inst. de act.* Consulant antiquitatis studiosi Barn. Briss. 5. *de form.* Hotom. & Tuning. in *d.* §. *appellamus.*

(*b*) Dicimus de re, aut pecunia ad discrimen tum interdicti, quod est de possessione, tum prætoriarum stipulationum, quibus non res, aut pecunia petitur, sed sola stipulatio; tertium removet cognitiones extraordinarias.

(*c*) §. *sequens. Inst. de interd.* Dicuntur vulgo judicia possessoria. Vid. DD. ad *tit. Inst. de interd.*

(*d*) Natæ ex obligatione; obligatio ex contractu finitimo locationi, & conductioni. Vid. *cap.* 7. *lib.* 2.

(*e*) *d. l. actionis, de obl. & act.* junct. tit. ff. *de tut. vel cur. qui sat. non ded.*

quædam indicant actionum inter se ordinem; aliæ genus præstationis: nonnullæ ad probationis necessitatem referuntur; quædam denique ad vim, & effectum judicii. Ordo indicatur, cum quædam directæ dicuntur, quædam præcurrentes, & præparatoriæ. Directa judicia hic non accipimus ea, quæ ex verbis legis dantur, sed principalia, opposita nimirum actioni ad exhibendum, quæ illorum (f) præparatoria. Genus præstationis indicant quatuor. Prima docet quid quaque actione petatur. Ea est, qua quædam actiones rei persequendæ gratia comparatæ dicuntur; quædam pœnæ; quædam tam pœnæ, quam rei, & ob id (g) mixtæ. Rei persequendæ, quibus persequimur quod ex patrimonio nobis (h) abest. Id quadruplex: quod est in patrimonio nostro, sed ab alio tenetur; quod esse desiit, sed ex obligatione nobis restituendum est; quod nobis debetur ex contractu; quodcumque ejus, quod nobis abest, æstimationem (i) continet. Ex contrario pœnæ persequendæ, quibus persequimur quod ex patrimonio nobis non abest, seu quæ alicujus rei ex superioribus persequutionem non habent. In summa rei nomine hoc loco continetur quidquid est extra pœnam legitimam; pœnæ nomine ea dumtaxat, quæ jure certo constituta est. Hinc jam non difficile erit judicare, quæ sint actiones alterutrius generis, aut mixtæ. Quod si id in singulis generibus tibi ostendi velis, sic habe: Actiones ex (k) contractu, & quasi contractu omnes rei persequutoriæ sunt, excepta una, atque altera actionum specie ex contractu, depositi miserabilis, & redhibitoria, una item ex quasi contractu, legati pii, solutione ejus usque ad in jus vocationem dilata; quæ mixtam causam (l) obtinent. Ex maleficiis duæ sunt pœnales tantum: actio furti, & injuriarum; mixtæ (m) reliquæ, præter condictionem furtivam, & actionem rerum amotarum, quæ (n) rei persequutionem habent. Ex quasi maleficiis omnes item mixtæ, quæ partim rei, partim pœnæ persequutoriæ. Valet quidem hæc divisio præcipue ad intelligendum quid peti oporteat; sed valet etiam ad dignoscendum, quæ actiones perpetuæ sint, quæ temporales; denique ad statuendum de hæredibus, quæ in hos dentur, quæ non dentur; quos locos alibi perstrinximus.

Secunda ostendit quantum quaque actione petatur. Ea est, qua dicuntur omnes actiones, vel in simplum conceptæ, vel in duplum, vel in triplum, vel in (o) quadruplum. In simplum omnes, quæ rei persequutionem continent. In duplum, furti, nec manifesti, & servi corrupti, damni injuria adversus inficiantem, depositi miserabilis, legati pii adversus inficiantem, aut etiam solvere differentem, usque dum in jus vocetur. In triplum, una condictio ex lege adversus eum, cujus dolo malo factum est, ut viatores plus debito nomine (p) sportularum exigerent. In quadruplum, furti manifesti, vi bonorum raptorum, quod metus causa, calumniæ, condictio adversus exequutores litium, qui plus, quam ipsis debetur, a reis exegerint; quarum prima tota pœnalis, ceteræ mixtæ.

Tertia docet quid, quantumque ex quaque actione consequamur pro potestate, atque officio Judicis, quod potissimum in fructibus, usuris, & reliquis accessionibus rei petitæ cernitur. Ea est, qua actiones distribuuntur in bonæ fidei, stricti Juris, & (q) arbitrarias. Bonæ fidei sunt, in quibus libera potestas est Judici æstimandi inter litigatores quid alterum alteri ex bono, & æquo præstare (r) oporteat. Stricti Juris, in quibus potestas Judicis certis (s) rebus adstricta est. Hic Judex sub (t) formula judicat, illic arbiter libere, ut tamen ex æquo, & bono. Judicia bonæ fidei ex iis contractibus oriri, qui ultro, citroque obligationem (u) pariunt, argumento est specierum hujus generis apud Justinia-

---

(f) Et ad directas viam agentibus sternit. *l.* 1. *l.* 3. §. *ibidem*, *l. si quis hominem*, 17. *ad exhib.*

(g) §. *sequens*, 16. *Inst. de actionib.* & ibi DD.

(h) Cujus persequutio opponitur persequutioni pœnæ in *l. in honorariis*, 35. *de obl. & act.*

(i) Qualis est æstimatio, quæ fit ex jurejurando in litem, item pœna conventione promissa, quæ & ipsa caveri solet loco ejus, quod interest. §. *ult. Instit. de verb. obl.* Plura Don. in *d.* §. *sequens*. Gifan. in *d. l.* 35. *num.* 7.

(k) De actionibus in rem dubitari non oportet, quin omnes sine exceptione sint rei persequutoriæ. §. *rei*, 17. *Inst. de actionib.*

(l) *d.* §. 17. §. *ui autem*, 19. *eod. l.* 1. §. 1. *depos. l. redhibitoria*, 45. *de æd. edict.*

(m) §. *ex maleficiis*, 18. & *d.* §. 19. *Inst. de act.* De actione injuriarum est in §. *pœna*, *Inst. de injur.*

(n) *l.* 7. §. *ult. de cond. furt. l. si mulier*, 21. §. *hæc actio. rer. amot.* quam ob causam & perpetuas esse, & in hæredes quoque dari iisdem locis traditur.

(o) Extat hæc divisio in §. *omnes autem*, 21. *Instit. de act.* ejusque partes explicantur §§. *seqq.*

(p) Sportula dicitur pecunia illa, quæ viatoribus, id est, exequutoribus litium pro salario dabatur. *l. ult.* C. *de sportul.* Obiter hic notandum, jure veteri pro modo quantitatis petitæ sportulas exigi solitas fuisse, & quod mirum est, a reo.

(q) §. *actionum autem*, 28. junct. §. *præterea*, 31. *Inst. de act. l.* 5. *de in lit. jur. l.* 3. §. 1. *de usur.*

(r) §. *in bonæ*, 30. *Inst. de act. l.* 5. *in pr. de obl. & act.* Proinde duæ res judicium bonæ fidei constituunt: libera potestas æstimandi, arbitrandive Judici tributa; & hæc ipsa potestas intra modum, & regulam bonæ fidei conclusa.

(s) In quas Prætor jubebat condemnationem fieri pro natura illorum judiciorum, quam jus præscripserat, quæ etiam nunc manet, licet formulæ sublatæ. Don. in *d.* §. *actionum*, n. 11.

(t) Quo pertinet illud Senecæ 3. *de benef. Melior videtur conditio causæ bonæ, si ad Judicem, quam si ad Arbitrum mittatur; quia illum formula includit, & certos, quos non excedat, terminos ponit; hujus libera, & nullis constricta vinculis religio est.*

(u) Quod Hotom. primus animadvertit; sequuntur, & pluribus explicant Don. & Tuning. in *d.* §. 28.

nianum collectio; nimirum ubi uterque alteri obligatur, ibi ex re utriusque est, & ex voto communi, tam quid lingua nuncupatum sit, quam quid æqui, bonique ratio utrinque postulet, spectari. Cum autem unus tantum obligatur, non est admittenda tam laxa interpretatio, ut quid præstetur, de quo non expresse convenit. Cetera judicia, si non sunt arbitraria, stricti juris sunt, excepta tamen petitione hæreditatis, quam bonæ fidei esse (x) placuit propter præstationes personales hujus judicii, exemplo familiæ erciscundæ, & communi dividundo. Arbitrariæ sunt quæ ex arbitrio Judicis pendent, vel in totum, ut cum quod certo loco dari debuit, alio loco (y) petitur; vel respectu arbitrii, quod sententiam antecedit, ut ceteræ, quibus ad restituendum, aut exhibendum agitur; nam in his Judex primo jubet rem, de qua agitur, aut restitui, aut exhiberi; deinde reum, prout paruerit, aut non paruerit, absolvit, aut condemnat, ut hæc sententia ex præcedente jussu tota (z) pendeat.

Quarta ostendit, quasdam actiones esse, quibus semper solidum consequimur; quasdam item, quibus modo solidum, modo minus. Illæ innumeræ, hæ paucæ. Quominus semper solidum consequamur, aut peculium facit, ad cujus modum actio de peculio (a) constituta est; aut mutua obligatio creditoris, ubi quantitas utrinque debita (b) compensatur; aut beneficium reo tributum, ut donatori, qui ex causa donationis convenitur, item parenti, liberis, patrono, fratribus, conjugibus, sociis, militibus, qui bonis cesserunt, filio exhæredato, itemque qui paterna hæreditate (c) abstinuit. Hos omnes ex contractibus suis conventos, placet in id tantum, quod facere possunt, condemnandos; quo beneficio hoc assequuntur, ut, etsi solvendo non sint, non idcirco tamen detrudantur in carcerem; tum, ut nec his totum, quod habent, extorqueatur, sed aliquid eis relinquatur intactum, ne (d) egeant, qua de re locus erit copiosius disserendi volumine sequenti, in argumento de exequutione rei judicatæ (e).

Ad necessitatem probandi pertinet ea divisio, qua judicia alia dicuntur simplicia, alia duplicia. Simplicia cetera; duplicia hæc (f) quinque; familiæ erciscundæ; communi dividundo; finium regundorum; uti possidetis; utrubi. Appellantur duplicia, quia in his uterque litigatorum duplicem personam sustinet, actoris, & rei. Hinc de necessitate probationis, quæ actori jure incumbit, quæsitum. Et placet in duobus istis possessoriis, ubi uterque pro possessore (g) habetur, probationem quoque ab utroque exigendam; in reliquis vero, etsi par omnium causa, eum tamen videri actorem, qui ad judicium provocavit; si ambo simul, sorte rem (h) dirimendam.

Ad vim, & exitum judicii pertinet, quod quædam actiones dicuntur directæ ab utraque parte contrahentium, qualis est una pro (i) socio; quædam directæ ab altera contrariæ, ut commodati, depositi, pignoratitia, mandati, negotiorum gestorum, tutelæ. Directæ hic dicuntur, quæ ad ipsam causam, propter quam institutæ sunt, diriguntur, ut directa commodati ad persequendum commodatum; unde rursus & hæ quoque principales appellantur. Contrariæ, quæ accommodantur ad partem contrariam, quibus qui agit principaliter, nihil petit, sed per consequentiam tantum, quod ob rem, puta depositam, aut commodatam (k) abest. Exitu judicii hoc (l) differunt, quod contrariis judiciis condemnati nunquam fiant infames; deinde etiam, quod in his non juretur in litem; quod utrumque secus se habere potest in directis.

CA-

(x) Quamquam enim a plerisque pro bonæ fidei judicio etiam antea habebatur, *arg. l. 42. in pr. de mort. ca. don. l. 38. de pet. her.* tamen incertum id fuit usque ad tempora Justinian. *leg. ult. Cod. de pet. hered. dict.* §. 28.

(y) *Titul. de eo, quod cert. loc.* quamvis hæc genera confusim a Just. proponantur in §. *præterea, Instit. de act.* ut recte observavit Bachov. in *Treutl. p. 1. disp. 11. th. 5. lit.* B. *& disp. 23. th. 3. lit.* C. adde Sutholt. *dissert.* 18. *aphorism.* 70.

(z) Nempe ergo pendere ex arbitrio Judicis dicuntur non quod ex hoc arbitrio pendeat, an Judex sententiam ferat (semper enim ferre debet) sed ferendo utrum absolvat, an condemnet. Don. in §. *præterea, n.* 2. ut arbitrium hic nihil aliud sit, quam interloquutio quædam Judicis sententiam definitivam antecedens. Mynsing. in *d.* §. *præterea, n.* 2. Duar. ad *l. 5. de in lit. jur. n.* 37.

(a) §. *sunt præterea*, 36. *Inst. d. tit.* Quantum autem in peculio sit, tempore rei judicatæ inspicitur. *l. quæsitum*, 30. *in princ. de pecul.*

(b) §. *pen. Inst. eod.* Sed & per retentionem sæpe consequitur, ut minuatur condemnatio, qua de re vid. Don. in *d.* §. 36. *& seq. n.* 8.

(c) His omnibus hoc beneficium tribui legimus in §. 38. *& ult. Inst. d. tit. l. 16. & aliquot seqq. de re jud. l. 6. de cess. bon. l. & exhæredatum*, 49. *de re jud.*

(d) *l. in condemnatione*, 173. *de reg. jur.* facit exemplum ejus, qui bonis cessit. *l. 6. de cess. bon.*

(e) Qui locus hujus rei ex professo, & bona fide tractandæ proprius. Vid. *lib. 4. c.* 51.

(f) *l. 2. §. 1. comm. div. l. actionis*, 37. §. 1. *de obl. & act.* §. *pen. Inst. de interd.*

(g) Puta, si ego ex justa causa possideam, tu vi, aut clam, sed ab alio, quam a me. *l. 3. in pr. uti poss.*

(h) *l. in tribus*, 13. *& l. seq. de jud. d. l.* 2. §. 1. *comm. divid.*

(i) §. 2. *Inst. de pœn. tem. lit.* Est quidem etiam ex empto, & locato actio ab utraque parte directa, sed non ejusdem nominis, uti nec contrahentes.

(k) *l. 18. §. ult. commod. l. 5. in pr. depos.* quod fere judicio directo dirimitur. *l. 6. §. ultim. de his, qui not. inf.*

(l) *l. 1. d. l. 6. §. ult. de his, qui not. inf. d. §. 2. Inst. de pœn. tem. lit. l. 5. in pr. de in lit. jur.*

CAPUT XLII.

De concursu plurium actionum.

Atque hæc quidem jam sufficere possent ad cognitionem rectæ actionum institutionis, de qua nobis sermo est, si una tantum de eadem re semper competeret. Sed cum fieri possit, ut plures una circa eamdem rem eidem competant, hinc existit duplex quæstio ad jus agentis, & rectam actionis institutionem pertinens: una, quando plures competant; altera, cum competunt, an omnibus experiri liceat. Competunt plures actiones dupliciter; uno modo disjunctim; altero conjunctim. Disjunctim, cum quæ ejusdem rei persequendæ gratia competunt, ex eadem causa omnes oriuntur: exempli gratia, ex contractu servi sciente domino in merce peculiari negotiantis nascitur tributoria, vel de peculio; ob impensas ab uno ex sociis in rem communem factas, datur pro socio, aut communi (*m*) dividundo. Conjunctim, cum aut ex diversis causis plures competunt ad idem consequendum, ut commodati, & condictio furtiva; & generaliter, quoties eadem res ex pluribus diversis debendi causis præstanda (*n*) est; aut ad res diversas, sive ex una obligatione, aut occasione unius facti competant, ut actio furti, & condictio furtiva, sive ex diversis, ut actio furti, & commodati; aut partim ejusdem rei obtinendæ causa, partim diversarum; ut cum una est rei persequutoria, altera in eamdem rem concurrens pœnalis (*o*) mixta; aut cum omnes sunt pœnales. Sed & quoties lex posterior novam actionem introducens nominatim non cavet, ut ea sola utamur, etiam veteres eodem nomine actiones competere (*p*) placuit. Jam de posteriore quæstione sic habe: Quando duæ actiones de eadem re disjunctim deferuntur, una electa alteram (*q*) perimit. Finge socium de impensis egisse communi dividundo, tolletur actio pro socio; finge eumdem de eadem re egisse pro socio, tolletur communi (*r*) dividundo. Idemque generaliter probandum est, quoties eadem quæstio in judicium (*s*) deducitur. At cum plures actiones conjunctim competunt, omnes concurrunt, & omnibus experiri (*t*) licet, sive diversarum rerum nomine competant, sive unius, ejusdemque rei, non utique quod eodem judicio omnes cumulari possint (non enim ea mente deferuntur, ut omnes simul dictentur, sed ut laxior sit agendi (*u*) facultas) verum quod separatim, & in diversis judiciis possint exerceri, nec altera per alteram nunquam (*x*) consumatur. Et si quidem diversarum rerum nomine competant, quamvis ex eodem facto nascantur, nulla dubitatio est, quin omnibus experiri liceat. Exemplo sint actio furti, & condictio furtiva, quarum illa pœnam persequitur legitimam, hæc extra pœnam ipsam rem. Neutra harum alteram (*y*) consumit. Tantumdem dicimus, etsi duæ actiones pœnales concurrant, quatenus ambæ pœnam persequuntur; neque interesse arbitramur, ex diversis ne factis nascantur, an ex uno, quod plura delicta in se habeat; cum nunquam plura delicta concurrentia faciant, ut illius impunitas (*z*) detur. Sed etsi duæ concurrant, quarum una sit mixta pœnalis, altera rei persequutoria, adhuc dicendum est, unam per alteram non (*a*) tolli. Hoc amplius, etsi duæ de eadem re ex diversis, aut etiam ejusdem generis contractibus simul competant, poterit actor utriusque commodum separatim consequi, neque alteram altera consumet, nisi

---

(*m*) *l.* 9. §. 1. *de trib. act.* *l. pro socio*, 38. §. 1. *pro soc.* & quoties dicitur aut hac, aut illa actione me consequi posse &c. *l. si mulier*, 21. §. *ult. quod met. ca.* *l. si servus*, 27. §. *Proculus*, *ad l. Aquil.* *l. si ædibus*, 33. *de damn. inf.*

(*n*) Exempla in *l. si is*, 18. *de obl. & act.* *l.* 10. *de act. empt.* *l.* 18. §. *ult. de const. pec.*

(*o*) Ut si actio ex contractu de re aliqua, & actio *l. Aquiliæ*, de damno in ea de re dato concurrant. *l.* 7. §. 1. *comod.* *l. sed si*, 47. *pro soc.*

(*p*) *l. quoties*, 41. *de obl. & act.* Sic nomine arborum furtim cæsarum & vetus actio ex *l.* 12. *Tab.* competere dicitur, & nova ex *l. Aquilia*, *l.* 1. *arb. furt. cæs.*

(*q*) *d. l.* 38. §. 1. *pro soc.* *l. in duobus*, 28. §. 4. *de jurejur.* altera in judicium deducta alteram consumit. *l.* 5. *de fideic.* nec electa una datur regressus ad alteram. *d. l.* 9. §. 1. *de trib. act.* perinde ut fieret in duabus rebus disjunctim legatis, si quis unam vindicasset. *l.* 19. *de leg.* 2. quamobrem proprie hic nullus actionum concursus, cum non utraque, sed alterutra tantum experiri liceat.

(*r*) *d. l.* 38. §. 1. *pro soc.* Si intentata tributoria, non datur regressus ad actionem de peculio, aut vice versa. *p. l.* 9. §. 2. *de trib. act.*

(*s*) Exempli causa, ob actionem mandati, negotiorum gestorum, societatis, &c. jusjurandum exactum est, deinde ex iisdem causis certum condicitur. *d. l.* 28. §. 4. *de jurejur.* Hic eadem causa, etsi alia actio.

(*t*) *l. nunquam*, 130. *de reg. jur.* *l. pen. de obl. & act.* §. 1. *in fin Inst. si quad. paup. fac.* *l.* 2. §. 1. *de tut. & rat. distr.* *l.* 18. *de obl. & act.* *l.* 45. *pro soc. & similib*

(*u*) Pet. Fab. ad *l.* 43 §. 1. *de reg. jur.* quæ de hac cumulatione omnino accipienda est, sicut & *l. plura*, 53. *de obl. & act.* *arg. l.* 32. *d. tit.* & *l.* 2. *de priv. del.*

(*x*) *dd. ll. allegatis lit. t.* *l.* 18. *de obl. & act.* *l.* 18. §. *ult. de pec. const.* *l.* 2. §. 1. *de priv. del.*

(*y*) *l.* 7. §. 1. *de cond. furt.* item actio furti, & pro socio. *l. rei communis*, 45. *pro soc.* & similes. Nam quod Javolenus respondit in *l. si is*, 71. *de furt.* si furti actum est, commodati actionem extingui, & contra, id non de actione furti pœnali accipiendum, sed improprie de condictione furtiva, ut & in *l.* 6. *de in lit. jur.* gloss. accipit. Certe petet ex *l.* 14. §. *qualis*, *de furt.* condictionem esse speciem quamdam actionis furti Pet. Fab. ad *l. nunquam*, 130. *de reg. jur.* Cujac. 17. *obs.* 12.

(*z*) *l.* 2. §. 1. *de priv. del.* §. *ultim. Instit. si quad. paup. fec.* *l. penult. de obl. & act.* *d. l. nunquam*, 130. *de reg. jur.*

(*a*) *l.* 7. *in fin. commod.* *l. sed si*, 47. *pro soc.* *l.* 2. §. 1. *de tut. & rat. distr.*

nisi ex duabus caussis lucrativis oriantur, quas placet in eamdem rem, & personam concurrere non (*a*) posse. Plus dicimus; etsi duæ ejusdem rei persequutoriæ ita non concurrant, ut utriusque commodo actor fruatur, sed unius dumtaxat, aut præterea si quid amplius est in altera, nihilominus omnibus separatim experiri licere, ut nihil referat, pluris ne intersit actoris, una potius egisse, quam altera, an non intersit. Constans enim veterum, & perpetua definitio est; nunquam plures actiones de eadem re vere concurrentes, sive pœnales sint, sive rei persequutoriæ se mutuo (*b*) perimere.

Exempla hæc sunto: Constat legati persequendi caussa duas actiones simul competere; quarum neutra plus altera continet, actionem ex testamento, & rei (*d*) vindicationem. Sic concurrere possunt condictio furtiva, & actio pro socio, actio ex stipulatu, & ex vendito, ut utrobique pluris intersit. Negamus in his actionum paribus unquam fieri, ut una in judicium deducta alteram (*e*) perimat. Quid ergo? an non saltem post rem judicatam exceptio reo dabitur, per quam alteram removeat condemnatione? At ego didici exceptionem rei judicatæ condemnato nunquam dari. An absoluto? Atqui ne huic quidem competere hæc exceptio potest, quippe quæ non detur, nisi ei, a quo eadem res ab eodem repetitur ex eadem (*f*) caussa. Plane si ex una actori solutum sit, dubitandum non est, quin reus ab omnibus (*g*) liberetur, aut ipso jure, si quæ superest, actio bonæ fidei sit, aut per exceptionem, si est stricti (*h*) juris; at hoc contingit non judicii, sed solutionis, quippe quæ etiam extra judicium facta ad liberationem reo profutura fuisset. Illud autem generaliter hic probandum est, si ex una minus consequutus fuero, quam per alteram, quæ plenior sit, consequi potuissem, hanc alteram quidem mihi adhuc (*i*) superesse, sed qua id solum consequar, quod in ea est amplius (*k*).

CAPUT XLIII.

De restitutionibus in integrum majorum.

HÆc de actionibus juris nostri integri. Alterum genus ex duobus summis propositis est earum, quas diximus esse juris nostri amissi, quibus tamen obliqua via eodem pervenitur. Obliqua hæc via est auxilium (*l*) extraordinarium restitutionis in integrum. Restitutio in integrum est caussæ jure amissæ (*m*) redintegratio. Hanc restitutionem caussa (*n*) cognita tribuit Magistratus; unde satis liquet ipsam restitutionem in integrum actionem proprie non esse, sed rem, quæ petitur, & postulatur a Magistratu. Dicitur tamen actio figurare, ut ex contento continens intelligamus, ex restitutione postulationem litigatoris, quæ eam (*o*) continet. In hoc genere actionis eædem sunt partes rectæ institutionis, quæ in cæteris: cui competat, adversus quem, qua de re, cujus rei obtinendæ caussa. Ex his tria posteriora satis per se sunt manifesta: in solo primo tota hæc quæstio potissimum vertitur, cui competat.

Competit in integrum restitutio ei, in quo sunt eæ caussæ, ex quibus ea jure tribuitur. In caussis duo spectanda; ut ab initio recte nata sit, ut nata non excludatur tempore. Duæ

tres

(*b*) *d. l.* 38. *de obl. & act. l.* 10. *de act. empt.* junct. §. 6. *Inst. de leg. l.* 17. *de oblig. & action.*

(*c*) Ergo nec si judicium peractum sit. *d. l. nunquam*, 130. *de reg. jur.* junct. *l.* 28. *de act. empt. l.* 1. §. 1 *de tut. & rat. distr. l.* 18. §. *ult. de pec. const.* Pet. Fab. ad *d. l. nunqnam*.

(*d*) §. 2. *in fin. Inst. de leg.* An igitur propterea quod legatarius vindicatione instituta probare non potuit se dominum esse, non poterit ex testamento agere, & probare, rem legatam esse, & ab hærede præstandam? & sic de ceteris.

(*e*) Per ea, quæ jam allegavimus, non obstat, quod de hujus generis actionibus dicitur, alterutram sufficere, alterutra contentum esse debere actorem. *l.* 5. §. 1. *de calumn. l.* 18. *ad l. Aquil. l. si vulneraverit*, 43. *loc.* Competit enim utraque, sed alterutra sufficit, per quam scilicet actor consequutus sit, quod utraque continebatur. *d. l.* 18. §. *ult. de const. pec. l.* 2. §. *de tut. & rat. distr.*

(*f*) *l.* 14. *in pr. l.* 16. *de exc. rei jud.* de qua exceptione tractamus *cap.* 49. *hujus libri.*

(*g*) *l. prædia*, *de act. empt. l.* 2. §. 1. *de tut. & rat. distr. d. l.* 18. §. *ult. de pec. const.* Quibus in locis aperte traditur, judicium concurrens non aliter tolli, quam si actor consequutus sit, quam si reus solverit &c.

(*h*) Ita nostri per *d. l.* 28. *de act. empt. l. qui servum*, 34. §. 1. *de obl. & act. l. si is cui*, 71. *in pr. de furt.* quamquam dicendum videtur solutione totius, quod debetur, eodem modo omnem obligationem tolli, & facit *l.* 18 §. *ult. de const. pec.*

(*i*) Sive sint mere rei persequutoriæ. *l. si actum*, 43. *l. sed si*, 47. *pro soc.* sive altera pœnalis mixta, ubi etiam fortior ratio *l.* 7. §. 1. *commod. l.* 34. §. *ult. de obl. & act.*

(*k*) *dd. ll.* Hanc porro materiam plene tractavit P. Fab. ad *l.* 43. §. 1. *& l.* 130. *de reg. jur.* Don. 21. *comm.* 3. ejusque enucleator doctiss. add. Hilliger. Hotom. *Illust. q.* 29.

(*l*) Restitutio in integrum non est commune auxilium. sed extraordinarium. *l.* 15. *in pr. de min.* idest, distinctum a jure ordinario, quo non ipse Prætor cognoscebat, sed Judicem dabat, ideoque nec Judicem se daturum dicit, sed animadversurum. *l.* 1. §. 1. *de min.*

(*m*) Ita definitur in *l.* 2. *C. in q. ca. in int. rest.* nec non est, vulgo, in pristinum statum repositio.

(*n*) *l.* 13. §. *ult. de min. l.* 2. *Cod. si adv. rem jud.* scilicet, ut justitiam caussæ examinet, an vera sit. *l.* 3. *hoc tit. de in int. rest.*

(*o*) Quomodo supra diximus, stipulationes prætorias actionis verbo subjici. *l.* 37. *de obl. & act.* Potest etiam ex parte tota actio intelligi, enim vero non solum principaliter, & in modum actionis, sed etiam incidenter, & in modum exceptionis, aut replicationis proponi potest. *l.* 28. §. 5. *ex q. ca. maj. l.* 9. §. *de jurejur.* & ibi Zas. n. 6. *& du. seqq.*

res ab initio restitutionem in integrum pariunt, rei, de qua agitur, amissio, & amittendi causa. Amissio triplex, consistit enim, aut in iis quæ habuimus, amittendis, aut in delatis omittendis, aut in onere, & obligatione in nos suscipienda, ubi non (*p*) expedit. Causæ amissionis aliæ in majoribus, aliæ in minoribus 25. annis; quæ majorum sunt, eædem cum minoribus communes, non contra. De majoribus igitur prius. Causæ amittendi in majoribus ex genere facti distinguuntur. Quidquid amittimus, aut facto nostro amittimus, aut omissione sola aut casu. In facto nostro, ut si quid alienamus, remittimus, repudiamus, promittimus, duo sunt, quæ in integrum restitutionem tribuunt; metus, & justus (*q*) error. Dolum inter amittendi causas, quæ huc (*r*) pertinent, non connumeramus. Quamvis enim doli quoque hæc conditio, ut nihil ratum habeatur, quod dolo factum est, tamen nulla est ex hac causa in majoribus in integrum (*s*) restitutio; sed si alia actio non erit, proposita est edicto actio de dolo famosa, qua restitutione nulla præcedente recta repetatur id, quod dolo ad decipientem (*t*) pervenit. Neque tamen ignoramus, veteres etiam dolum numerare inter causas restitutionis in integrum. Sed illi causas communes, & minorum proprias (*u*) confundunt; solis enim minoribus dolo mero circumventis per restitutionem (*x*) subvenitur. Dici quoque potest, magis id factum propter affinitatem, quam habet actio de dolo cum in integrum restitutione, quam quod ipsa proprie fit in integrum restitutio. De eo, quod metus causa gestum est, actio duplex: una recta in quadruplum; si quis jussus restituere lucrum, quod ex metu senserit, non restituit, quæ huc non pertinet; altera obliqua, & hujus loci, quæ continet restitutionem veteris actionis, & facultatis jure amissæ. Utraque conjunctim exposita est in eo loco, in quo de obligationibus, quæ ex delicto nascuntur (*y*) tractavimus. Etiam quod justo errore alienamus, vel promittimus, sæpe ratum non est; sed ut plurimum alia (*z*) via, quam per restitutionem revocatur. Occurrunt tamen species, in quibus etiam in justo errore tribuitur amissi in integrum restitutio; ut de eo, quod falso tutore auctore gestum est, quem auctor falsum esse ignoravit, adversus pupillum, aut alios, qui lucrum ex eo contractu consequuti rebus integris (*a*) teneretur. Admissæ sunt ex eodem capite justæ ignorantiæ longe plures ab interpretibus ex postrema edicti (*b*) clausula, atque adeo adversus usucapiones, præscriptionesque; sed ut pleræque aliæ ex ista clausula admitti possent, illa tamen, quæ adversus usucapionem, & præscriptionem ex causa ignorantiæ admittitur, omnimodo rejicienda est, ut fini juris de usucapionibus, & præscriptionibus constituti manifeste repugnans (*c*).

Omissione fit, ut rem nostram amittamus, cum aut usucapitur ea, aut dies actionis exit. Adversus hanc omissionem una res restitutionem in integrum parit, justum impedimentum. Id quadruplex: aut enim in nobis ipsis est, aut ab adversario, aut a Magistratu, aut a natura rerum. In nobis (*d*) absentia nostra, tum necessaria, cujusmodi est Reipub. causa, aut cum in vinculis, inque potestate hostium, aut prædonum (*e*) sumus; tum voluntaria probabilis, qualis est studiorum causa, &

(*p*) Hæ partes eleganter comprehensæ sunt, & ad restitutionem in integrum propositæ ab Ulp. in *l. non omnia*, 44. *de min.* in persona quidem minorum, sed ita, ut omnem amissionem rei nostræ contineat, cujus nomine in integrum restitutio possit postulari.

(*q*) Hæc ut facti excusationem habent, & culpa eximunt, ita & in majoribus locum facere restitutioni traditur in *l.* 1. & *l.* 2. *hoc tit. de in int. rest.*

(*r*) Nam inter causas restitutionis minorum etiam dolus est adversarii. *d. l.* 44. *de min. l.* 5. C. *eod. tit.*

(*s*) Cujus rei certum argumentum est, quod nulla hic vetus est actio, in quam se actor de dolo agendo restitui postulet, ut fit de restitutionibus.

(*t*) *l.* 1. *l. arbitrio*, 18. *de dolo*.

(*u*) *l.* 1. *hoc tit.* ita Sfortia Oddus *hoc tit. de restit. in integ. par.* 1. *quæst.* 1. *art.* 16. n. 106.

(*x*) Nam si majoribus quoque eo pacto subveniretur, supervacuum foret edictum de dolo. Hinc tentari potest, minori nunquam actionem famosam de dolo dari, cum semper per restitutionem ei succurri possit.

(*y*) *Lib.* 2. *cap.* 53. ubi cum exponeretur genus ipsum maleficii, ejusque animadversio, utrumque quod ex eadem causa esset, & hanc animadversionem contineret, conjungere necesse habui.

(*z*) Puta si quid per errorem solvimus, condictione indebiti. §. 1. *Inst. quib. mod. re cont. obl.* aut si quid per errorem promisimus, exceptione doli, vel in factum. *l. si quis*, 36. *de verb. obl.*

(*a*) *l.* 1. §. *ult. quod fals. tut. auct.* Atque de hoc genere erroris accipienda haud dubie *l.* 2. *h. t.* Proponitur quidem ex eodem facto etiam adversus tutorem actio; ceterum quæ nullius veteris actionis, aut juris restitutionem persequitur, sed novi delicti æstimationem. *l.* 7. *dict. tit. quod fals. tut.*

(*b*) *l.* 1. *ex quib. ca. maj.* de quibus plene Oddus *p.* 1. *q.* 8. & *aliquot seqq.* ubi fuse tractat de restitutione rusticorum, mulierum, item de aliis restitutionum causis, furore, ebrietate, justo dolore, iracundia &c.

(*c*) Alioqui nunquam esset litium finis, semper dominia in incerto, contra *l.* 1. *de usuc.* facit *l. ult. in fin.* C. *de præscript. long. temp. l.* 3. C. *de præscr. triginta annor.* Contraria tamen opinio communis est, & usu recepta dicitur, quamvis adhuc contendatur de præscriptione quadraginta annorum, an etiam contra eam ex eodem capite restitutio detur, nec convenit, utra opinio sit communis. Videsis Fachin. 1. *conc.* 69. Pin. in *Auth. nisi tricennale*, C. *de bon. mat. num.* 58. Covarr. in *c. possessor. de reg. jur. in* 6. *p.* 3. §. 3. adde Bachov. in *Treutl. p.* 1. *disp.* 11. *th.* 17. *litt. A.*

(*d*) *l.* 1. *hoc tit. ex q. ca. maj. clauf.* 1. *edicti*. Genera absentiæ quatuor refert. Sichard. in *l.* 1. C. *hoc tit. n.* 5. Quinque Zas. in §. 5. *Inst. de act. n.* 3. & Schneid. *ibid. n.* 2. post Bart. in *l. ult.* C. *de rest. mil.* Subtilius dividit Odd. *p.* 1. *q.* 5. *art.* 7. & *q.* 6. *art.* 1.

(*e*) Quæ omnia ordine exposita reperiuntur in *d. l.* & *seq.* usque ad *l.* 21. *eod.* Huc pertinent *tit.* C. *de rest. milit.* & *eor. qui reip. caus. abs.* & *quib. ex ca. ma.*

& (*f*) similes. Illud inter hæc interest, quod in necessaria, & repentina absentia non nocet, quod quis procuratorem domi non reliquerit, in voluntaria, aut ante prævisa absenti non succurritur, nisi procuratorem reliquerit, isque procurator non egerit; aut interim defunctus (*g*) sit. Ab adversario, cum nobis, in civitate manentibus, ille absens rem nostram usucepit, aut dies actionis, qua ille tenebatur, eo absente (*h*) exiit. Neque hic distinxit Prætor, ut in clausula superiore, qua ex causa absens sit, adversus quam restituit, sed abjecit clausulam, qua omnes, qui absentes non defenduntur (*i*), complexus est. Ait autem, non defenduntur; æquissimum enim erat subveniri, ubi defensor non extitit; at si procurator fuit, aut amicus, qui ultro se defensioni obtulit, non debet inquietari. Ac ne aliter quidem huic edicto locus est, quam si amici absentis interrogati fuerit, an defendant, aut si nemo sit, qui interrogari (*k*) potest. Ita enim absens defendi non videtur, si actor ultro interpellet, nec quisquam defensioni se offerat; eaque (*l*) testatione complecti oportet. Ceterum ex lege Justiniani, licet nullus defensor existat, integrum tamen est usucapionem interrumpere adito Judice, & (*m*) diligentia domini apud eum contestata. A Magistratu impedimentum nascitur, si ejus adeundi copia non (*n*) fuerit, ita tamen, ut solemnium feriarum ratio non (*o*) habeatur. A natura rerum, in aquæductu, ut si fons exaruit, deinde post amissum non utendo aquæductum ad suas venas (*p*) redierit, ducta in hac specie in integrum restitutione ex eadem postrema edicti clausula, ex qua & plures fortasse ductas ejusdem generis (*q*) reperias. Igitur re nostra ob has causas usucapta (*r*) rescinditur per in integrum restitutionem usucapto; cui restitutioni petendæ pro veteri anno utili quadriennium continuum (*s*) præfinitum. Rescissa usucapione, restituitur vetus in rem actio, quæ ex re rescissoria dicitur, & quia contra jus civile datur, anni spatio circumscripta (*t*) est. Ubi autem actione amissa debitor liberatus est, restituitur in primum statum vetus obligatio, ut debitor, vel idem iterum promittat, vel solvat, vel judicium (*u*) accipiat. Casus, aut est a re debita, si ea perierit, qui ad restitutionem in integrum non (*x*) pertinet; aut a persona debitoris, si is salva civitate capite deminutus sit; puta emancipatus, aut datus in arrogationem, quibus casibus amissa per capitis minutionem actio a Prætore (*y*) restituitur. Ceteræ capitis (*z*) deminutiones ad edictum de capite minutis non pertinent, sicut nec ulla (*a*) creditoris. Aut est denique a conditione personæ intercedentis, ut si mulier, quæ beneficio Vellejani ex intercessione non tenetur, alienam obligationem per novationem in se transferat; nam & hic placuit actionem adversus veterem debitorem (*b*) restitui

ex ea-

(*f*) *l. nec non*, 28. *in pr. hoc tit.* Hujus item generis est absentia, cui infirmitas auditus causam dedit, ob quam adversus rem judicatam restitutio datur. *l. pen. de in integ. rest.* In eodem numero & eos habet Odd. *p.* 1. *q.* 7. *art.* 15. qui mercaturæ causa peregre absunt; non tamen propolas, & infimi generis negotiatores. Contra Old. *class.* 6. *act.* 9. indistincte mercatoribus restitutionem denegat, per *l.* 42. *hoc tit.*

(*g*) *l.* 26. §. *ult. d. l.* 28. *in pr. eod.* illis enim nihil est, quod imputetur; his objici potest, quod de rebus suis componendis ante discessum potuerint, & debuerint cogitare. *d. d. l.* 26. §. 1.

(*h*) *d. l.* 1. *clausula*, 2. *edict.* Nam ut æquum est, justam absentium absenti non nocere, ita æquum nec nocere alteri. *l.* 21. *in pr. & l. seq.* §. 1 *eod.*

(*i*) *d. l.* 21. §. 1. & merito; quippe si ne justa quidem absenti prodesse debet, multo minus malitiosa, aut animi causa suscepta.

(*k*) *d. l.* 21. §. *pen. & ult. & l. seq. hoc tit.* Ad hanc item partem pertinet species *l.* 15. *de obl. & act.*

(*l*) *d. l.* 22. *in pr.* Protestatio quando necessaria, quando item utilis agere impedito, vid. Odd. *p.* 1. *q.* 28. & in genere de vi, & usu protestationum Damhoud. *prax. civ. cap.* 121. *& seq.*

(*m*) *l.* 2. *C. de ann. exc.* quæ una est ex novis constitionibus Just. quib. jus antiquum emendatur. Duar. ad *hunc tit. fol.* 128.

(*n*) Aut jus non dixit, aut per dilationes ejus effectum est, ut actio eximeretur. *l.* 26. §. 4. *h. t.* Non autem, si causa cognita actionem denegavit, quia tunc appellandum. Baro in *d.* §. 4.

(*o*) Extra ordinem vero indictæ prosunt. *d. l.* 26. §. *si feriæ*. add. Odd. *p.* 1. *q.* 14. *art.* 3. Maur. *hoc tract. cap.* 356.

(*p*) *l.* 35. *de serv. præd. rust.* Vide Connan. 9. *comm.* 22. Odd. *d. q. art.* 5.

(*q*) *l.* 30. *in fin. hoc tit. l.* 1. *lrg.* 5. *&* 6. *Cod. de rest. mil.* adde Cujac. 22. *obs.* 18. *&* 7. *ad Afr.* in *l.* 29. *hoc tit.*

(*r*) Duplex hic remedium, rescindens, quo removetur obstaculum, ob quod agi non poterat; & rescissorium, quod remoto obice competere incipit, per *l.* 13. §. 1. *de min.* Zas. in §. 5. *Instit. de act. num.* 5. Utrumque autem eadem opera peti, & obtineri posse, postquam Judiciorum dandorum mos exolevit, statuit Duar. ad *hunc tit. fol.* 131. quod & usus servat. Odd. *p.* 1. *q.* 33. *art.* 5. Schneid. in *d.* §. 5. *n.* 84. Myns. *2. obs.* 25. Old. *class.* 6. *act.* 8.

(*s*) *d.* §. 5. *l. ult. C. hoc tit.* junct. *l. ult. C. de temp. in int. rest.*

(*t*) *l.* 35. *de obl. & act. argum. l.* 31. & ibi Ant. Fab. *hoc tit.* Consentiunt DD. omnes, excepto uno Donell. nisi quod Duar. existimat judicio rescissorio nullum tempus seorsum a rescindente præstitum esse, sed utrique unum quadriennium. ad *tit.* Cod. *de temp. in int. rest.*

(*u*) *l.* 9. §. *volenti, &* §. *ex hoc edicto, quod mec. ca.*

(*x*) Siquidem hoc pacto optimo jure liberatur debitor. *l.* 23. *de verb. obl.*

(*y*) *l.* 2. *in pr. &* §. 1. *l.* 3. *de cap. min.* Sed hoc in contractibus: nam delictis nemo exuitur capitis minutione, *d. l.* 2. §. 3. *l.* §. 1. *d. tit.* quo significatur, restitutioni tunc non esse locum.

(*z*) Nempe maxima, & media. *d. l.* 2. in pr. *d. l.* 7. §. *pen. & ult.* & ibi ratio. *eod.* junct. *l.* 2. *C. ad l. Jul. de vi.*

(*a*) Creditori capite minuto amissam actionem non restitui argumento est, quod Prætor non minutis capite, sed adversus eos actionem se daturum pollicetur. *d. l.* 2. §. 1.

(*b*) *l. si mulier*, 16. *in fin. l. debitrix*, 24. §. *ult. ad Vellejan.* ne scilicet beneficium juris cuiquam tribuatur in alterius injuriam. *l. nec Avus*, *C. de emanc. lib.*

ex eadem extrema clausula. Atque hæ sunt causæ, ex quibus restitutio in integrum majoribus ab initio competit. Cœpta competere etiam intra tempora constituta exerceri debet, nempe intra quadriennium continuum, quod pro anno utili restitutioni postulandæ præstitutum est. Hæredibus quoque, fidejussoribus, si semel recte constitit, intra eadem tempora conceditur (*c*). Adversus quos, qua de re, quo effectu competat jam sua sponte propemodum intelligitur; atque huc quoque pertinent, & in commune valent ea, quæ de his partibus præcipimus c. 46.

CAPUT XLIV.

De restitutione minorum.

EDicti de restitutione minorum propositi partes duæ: causa beneficii, beneficium ipsum. In causa quatuor hæc spectanda: persona, cui tribuitur, factum, adversus quod, circumstantiæ facti, tempus intra quod petendum. In persona hoc exigimus, ut sit (*d*) minor 25. annis; atque in eo tempus a momento ad momentum computamus, ut in hoc edicto minor accipiatur, qui vigesimiquinti anni diem ultimum non (*e*) complevit. Pollicetur Prætor in integrum restitutionem minori indistincte. An igitur & servo? Et si quidem res talis sit, ut in ea lædi, aut quid amittere possit, etiam servo minori succurrendum. Finge libertatem ei fideicommissariam præsentem deberi, & fuisse captum, cum in re mora (*f*) fieret. Extra hanc causam nullam video restitutionem dari de eo, quod cum servo minore gestum est, nec ipsi servo, nec domino (*g*) ejus. Filius autem fam. minor ex omnibus causis non minus restituitur, quam paterfamil. si modo ipsius intersit, puta si sit (*h*) obligatus. Dices hoc modo fieri, ut etiam pater, qui alioqui vel in solidum quod jussu, vel de in rem verso, aut de peculio ex contractu filii conveniri poterat, liberetur tamquam obligationis filii accessio; quando ita jus est, ut in omnibus speciebus liberationum etiam accessiones (*i*) liberentur. Sed hoc Prætori nequaquam propositum fuit, nam etsi filius restitutus fuerit, pater tamen nihilominus obligatus manebit, neque juvabitur superiore regula, utpote cui locus non est, ubi rei principalis persona obligationi tantum (*k*) eximitur. At si filius fam. minor ex eo, quod cum eo gestum est, non obligatur, aut eo nomine nihil ipsius interest, denegabitur ei in integrum restitutio. Contingit hoc duabus in causis: si mutuam pecuniam contra Senatusconsultum acceperit, quo casu exceptione Senatusconsulti (*l*) defenditur: si pro alio fidejusserit, cui deinde mortuo successit; sic enim fit, ut obligatio fidejussoria, qua prius tenebatur, ipso jure tollatur propter (*m*) confusionem. Facta, adversus quæ restitutio in integrum minori conceditur, tria sunt: si quod habuit (*n*), amisit; si omisit, quod acquirere (*o*) potuit; si oneri non necessario se (*p*) obligavit. In quibus omnibus certo jure utimur, ut minori etiam in lucro succurratur. Circumstantiæ facti, & conditiones, quæ in integrum restitutionem inducunt, duæ sunt: una; si captus, læsusve (*q*) erit; altera si lubrico ætatis, & sua facilitate. Primo igitur ei, qui læsus, captusve non est, non subvenitur. Gemino autem modo fit, ut læsus non videatur; natura rei gestæ, & jure. Natura rei, ut cum ex gesto factus est locupletior, aut non pauperior, puta si pro rei suæ translatione parem, aut majorem remunerationem acceperit, aut si rem suam, qua carere poterat, tutore, aut curatore auctore justo pretio vendiderit; & pecuniam a debitore solutionis causa datam adhuc

(*c*) De hæredibus est in *l.* 6. *de in int. rest.* de fidejussoribus satis idem significatur in *l. ex persona*, 32. *de fidejuss.*

(*d*) Non excluduntur tamen personæ, quæ minorum jure utuntur, quales sunt Respublica, Fiscus, & similes, de quibus Odd. *p.* 1. *q.* 3. *art.* 1. *& seqq.* Maur. *c.* 416. *& seqq.* Sich. in *l.* 4. *C. ex qu. ca. maj.*

(*e*) *l.* 3. §. 3. *hoc tit. de min.* Alias civiliter annus non ad momenta temporum, sed ad dies numeratur. *l. anniculus*, 134. *de verb. sign. l.* 5. *qui test. fac. l.* 1. *de manum.*

(*f*) *l.* 5. *h. tit.* Nempe propter spem libertatis aditum servus ad Prætorem habet. *l.* 22. §. 1. *ad Trebell.*

(*g*) De peculio obligato: quia is sibi imputare debet, quod passus sit eum peculium habere, aut quid ei gerendum commiserit. l. 2. §. *ult. l.* 4. *hoc tit.*

(*h*) Quod multis exemplis declaratur ab Ulp. in *l.* 3. §. 4. *hoc. tit.*

(*i*) *l. si quis cum*, 44. *de pecul.* junct. *l. in omnibus speciebus*, 23. *de solut.*

(*k*) Quod accidit in restitutione minorum, quæ propterea non rei, sed personæ tribui dicitur. *l.* 7. *in fin. de except.* junct. *l.* 3. §. *sed utrum*, *hoc tit.*

(*l*) *l.* 1. C. *de filiof. min. l.* 1. *ff. de S. C. Maced.* Quid si jussu patris mutuum accepit? non adjuvatur. *d. d.* 3. §. *sed utrum*, *vers. sed an.* quamvis Senatusconsultum cesset. *l.* 7. §. *proinde*, *de S. C. Maced.*

(*m*) *Arg. d. l.* 1. 1. C. *de filiof.* min. *l. Sichum*, 95. §. *quod vulgo*, *de solut.*

(*n*) Puta donando, vendendo, in dotem dando, pignori obligando: item actionem remittendo, judicio agendo, transigendo, novando, solutum accipiendo, rem usucapi patiendo. *l.* 40. *l.* 44. *hoc tit.* adde tit. C. *si adv. rem jud. & tr. seqq. si adv. trans. & du. seqq. & si adv. usuc.*

(*o*) Hæreditatem, legatum repudiando. *tit.* Cod. *si ut miss. hær.* Et hoc est, quod dicitur, minoribus etiam in lucro succurri. *l.* 7, §. *hodie*, *hoc tit.*

(*p*) Contrahendo, promittendo, vendendo, transigendo. *tit.* C. *si adus vend. tran. l.* 27. §. 1. *ff. hoc tit.* judicium suscipiendo. *tit.* C. *si adv. rem jud.* compromittendo. *l.* 34. §. 1. *hoc tit.* hæreditatem adeundo. Cod. *si ut min. ab hær.* legatum agnoscendo. *l.* 33. *hoc tit.* denique & delinquendo C. *si adv. del.*

(*q*) *l.* 11. §. 3. *ff. l.* 5. C. *h. tit.* Læsio autem æstimanda tempore contractus, non petitæ restitutionis. Sic. ad *d. l.* 5. *n.* 2. vide tamen Odd. *p.* 1. *quæst.* 4. *art.* 11.

adhuc salvam (*r*) habeat. Jus efficit, ut ne in integrum restitutione egeat, cum jure communi satis tutus est. Fac ergo minorem sine tutoris, aut curatoris (*s*) auctoritate alienando, remittendo, repudiando, contrahendo deteriorem suam conditionem fecisse, sententiam adversus eum indefensum latam esse, quæ alienari vetantur sine decreto, alienasse, quamvis curatore auctore, hæc omnia ipso jure pro infectis habentur, ut in his necessaria non sit minori in integrum (*t*) restitutio. Finge iterum minorem intra tempora ad agendum constituta non egisse; integras nihilominus actiones suas retinebit; quandoquidem in minorum persona ita jus est, ut præscriptiones temporales, si paucas dempseris, iis non (*u*) currant. Exemptæ sunt primum illæ, adversus quas jure veteri non admittebatur (*x*) restitutio; deinde & ea, quæ objicitur de dote cauta non numerata, sic tamen, ut adversus hanc minor maritus in integrum restitui possit, si postulatio non excedat duodecimum a die nuptiarum annum, aut in hærede mariti minore quinquennium. Tertio (*y*) præscriptio triennii litibus finiendis præstituti. Quarto præscriptiones longissimi temporis triginta, vel quadraginta annorum, quæ licet adversus pupillos non currant, adversus ceteros tamen minores ita cedunt, ut sint his hæc intervalla (*z*) servanda. Ceterum etiam damnum, vel minimum in restitutionem (*a*) venit, modo ne ea restitutione majori re præjudicetur. Duæ dumtaxat causæ sunt, in quibus minorem non aliter restitui placet, quam ob grande detrimentum, & (*b*) enorme. Una est si creditores pignora sibi obligata ex contractu minorum, vel capta ex causa judicati, non item ex contractu hæreditario, jure suo (*c*) distraxerint; altera, cum ea res vendita est tutore, aut curatore auctore, cujus distractio lege non est prohibita (*d*).

Non est satis minorem captum esse; alterum accedat oportet, ut imbecillitate consilii & ætatis (*e*) lubrico inciderit in captionem. Et si quidem dolo adversarii deceptus sit, non dubitatur, quin ei succurri (*f*) debeat. At quid si sine dolo? Conveniens est (*g*) menti Prætoris, ut nihilominus ei subveniatur. Quot autem modis accidit, ut non lædatur facilitate sua, & fragilitate ætatis, totidem modis fit, ut restitutio ei denegetur. Accidit id duobus modis: casu, & dolo ipsius minoris. Casu, cum quid consulte, hoc est, vel (*h*) necessario, vel utiliter, aut honeste, & more (*i*) boni patrisfam. ab initio a minore gestum est, cujus deinde fructum eventus aliquis abstulerit. Non enim eventus damni restitutionem indulget, sed inconsulta levitas. Dolus quoque minoris facit, ut auxilio indignus habeatur cum in contractibus, tum maxime in delictis. In contractibus si dolum admiserit, vel re jam contracta, puta si quid interverterit, fregerit, ruperit sciens prudens, vel in re adhuc contrahenda, si se majorem mentiendo adversarium (*k*) circumvenerit. Hoc amplius etsi ipse minor deceptus, non dolo adversarii, sed falsis puta tabulis, majorem se affirmaverit interposito sacramento, tamen

(*r*) Hisce casibus nec æquum est minores restitui, & ipsis damnosum, nemine cum iis contrahere volente. *l.* 27. §. 2. *l.* 24. §. 1. *hoc tit.*

(*s*) At enim, si curatorem non habens vendidit quod sine decreto alienari poterat, valet jure, quod gestum est, eoque casu restitutio necessaria. *l.* 3. C. *hoc tit.*

(*t*) *l.* 16. *ff d. l.* 3. C. *eod. l. pen.* C. *si adv. rem jud. l.* 22. C. *de adm. tut. l.* 11. C. *de præd. min.*

(*u*) *l.* 3. C. *quib. non obst. long. temp. præscript. l. ult.* C. *in quib. ca. int.* exempli causa: in querela inofficiosi tempus adolescentiæ in quinquennium non imputatur. *l.* 2. C. *d. tit.* add. Odd. *p.* 2. *q.* 88. *& seq.* Maur *c.* 84. *& seq.* Alia causa est usucapionis, adversus quam necessaria restitutio. *l.* 1. C. *si adv. usuc.* quia ea ex acquirentis possessione nascitur, quæ non est in facto minoris.

(*x*) Quarum novem species recensemus infra *c.* 45.

(*y*) Hæc, & præcedens a Just. ita inductæ, ut currant contra minores, sed adversus eas restituantur. *Auth. si minor.* C. *de temp. in int. rest. l. properandum.* §. *ult.* C. *de jud.* Plerique negat *l. ult.* C. *in quib. ca. in int. rest.* pertinere ad præscriptiones novis *ll.* aut statutis inductas, veluti anni, & diei in retractu gentilitio, item ad feudi investituram petendam, contra Odd. *p.* 2. *q.* 88. *art.* 5. ap. de Tiraquel. *de præscr.* §. 2. *gl.* 9.

(*z*) *d. l. ult.* C. *in qu. ca. in int. rest. l.* 3. *circa med.* C. *de præscr. triginta, vel quadraginta, ann.*

(*a*) *L.* 4. *de rest. in int. arg. l. si proprietarius*, 12. *circa fin. de damn inc.* Diss. tamen comm. DD.

(*b*) Quod æstimandum esse ex *l.* 2. C. *de resc. vend.* vult Sich. in *Auth. Sacramenta.* C. *si adv. vend. nu.* 41. sed Azo in *summa*. C. *hoc tit. n.* 12. & alii arbitrio Judicis hic plurimum tribuunt.

(*c*) *l.* 9. *in per. hoc tit. l.* 1. C. *si adv. vend. pign.*

(*d*) *l. pen. hoc tit.* cujus generis res omnes existimandæ, quæ servando servari non possunt.

(*e*) *l.* 11. §. *si locupleti*, *hoc tit. l.* 2. C. *si adv. del. l.* 1. C. *de filiof. min.* Sic eleganti metaphora veteres appellant infirmitatem consilii, qua minor tamquam in loco lubrico versans facile labatur.

(*f*) *l.* 44. *ff. l.* 5. *Cod. hoc tit.* Quippe cum ex hac causa etiam majoribus succurratur per actionem de dolo. *l.* 1. *de dolo.*

(*g*) Quæ in hoc edicto fuit, infirmitati, & fragilitati ætatis subveniri, non alieni tantum doli rationem habere. *l.* 1. *hoc tit.*

(*h*) Finge minorem creditorem divisisse actionem adversus fidejussores, quod facere jure communi cogitur. §. *si plures, Inst. de fidej.* non defendetur auxilio ætatis. *l. inter*, 51. §. *pen. de fidej.* Vide alia exempla apud Sich. in *l. ult. Cod. hoc tit. num.* 2. *& du seqq.* Exemplum necessitatis, & casus in re familiari est *l.* 11. §. 4. *hoc tit.*

(*i*) Utiliter ab initio gesti exempla in *d. l.* 11. §. 5. Honeste gesti, donatio propter nuptias. *l.* 1. C. *si adv. don.* item dos, per *l.* 9. §. 1. *hoc tit.* Modo ne congruentem moderationem excedant. *dd. ll.* vid. Odd. *p.* 2. *q.* 59. Maur. *c.* 207. *& seq.*

(*k*) *l.* 9. §. 2. *hoc tit. l.* 1. *l. pen. & ult. Cod. si min. se maj. l.* 32. *hoc tit.* Quid si uterque dolum admiserit? perinde habendum, ac si neuter admisisset, per *l.* 36. *de dolo.* Erit restitutioni locus. *arg. l.* 7. *Cod. hoc tit.* quam adhuc allegat Bart. in *l.* 3. *Cod. si min. se maj.* Mynf. *obs.* 20. Maur. *cap.* 172. Odd. *p.* 1. *q. art.* 7.

men a beneficio in integrum restitutionis excluditur, aut omnino, si corporaliter præstitum est, aut, si instrumento tantum comprehensum; ita, nisi evidenter ex aliorum instrumentorum probatione minorem se fuisse (*l*) ostenderit. Hoc cum in contractibus obtineat, non est mirum in delictis minores restitutionem non mereri, si consulta opera furati sint, rapuerint, injuriam fecerint, damnum (*m*) dederint. Plane si culpa tantum peccaverint, non sunt a Prætore (*n*) negligendi. De contumacia quæsitum, an etiam adversus hanc minori deneganda restitutio; puta si ad sententiam audiendam citatus non adfuit. Et placuit non esse denegandam (*o*).

Ultimum superest, tempus restitutioni huic petendæ (*p*) præstitum. Id quatuor est annorum continuorum, qui post annum demum vigesimum quintum completum currere incipiunt. Igitur minor, quamdiu ea ætate est, restitutionem semper recte (*q*) postulat; major factus intra quadriennium continuum numerandum ex eo die, quo olim annus utilis (*r*) cedebat. Exactum semel sine petitione tempus nulla (*s*) prorogatur. De probatione hic idem jus, quod in ceteris omnibus causis; proinde ipse minor probare debebit tum (*t*) ætatem, tum se captum, & læsum (*u*) esse. Probata ætate, non est necesse facilitatem, & infirmitatem consilii probare, utpote quæ huic ætati natura adjuncta est. Si dolum adversarius objecerit, hunc ipse probet. Quod si minor per errorem se majorem dixerit, hic error a minore ipso (*x*) probandus. Postremo legitimi quoque temporis probatio ex ætatis probatione, & tempore rei gestæ pene sponte sua sequitur.

CAPUT XLV.

Quæ exceptiones in integrum restitutionem minorum removeant.

Constituto ex suis causis beneficio, quod quærimus, restabat, ut de beneficio ipso cognosceremus, nisi nos remorarentur causæ nonnullæ, propter quas minoribus etiam facilitate sua læsis restitutio in integrum, aut adimitur, aut adimenda videtur, cum tamen non adimant. De his igitur prius cognoscendum. Ac primo quidem illæ removendæ, quæ cum de his dubitari possit, pro exceptionibus hujus edicti non habentur; inde ad eas veniendum, quæ certo jure restitutionem impediunt. Non videtur prima fronte competere restitutio quatuor harum causarum propter aliquam: propter qualitatem, & maturitatem personæ minoris; propter auctoritatem idoneorum hominum in re cum minore gesta interpositam; propter favorem personæ ejus, cum quo agitur; interdum & propter inconstantiam minoris in restitutione postulanda. Primo scrupulum injicit personæ minoris qualitas. Finge enim eum hominem esse frugi, industrium, Magistratum, aliosve honores gerere, parentem esse multorum liberorum, rem familiarem bene, prudenterque administrare; hæc utique signa sunt non fragilis, & infirmi, sed prudentis, & maturi consilii. Quid ergo? An non merito hujusmodi adolescentes ab hoc auxilio excluduntur? Placuit nihilo magis, si capti probentur, (*y*) excludendos. Etenim quantacumque huic ætati prudentia tribuatur, tamen semper ei adjuncta est levitas quædam, & facilitas, adde & rerum multarum inexperientia. Quid si Advocatus sit non mediocri juris scientia imbutus? Ne hunc quidem, si captus sit, excludendum (*z*) putem; utique in iis, quæ ad jurisprudentiam, quam profitetur, nihil

(*l*) *d. l. pen.* adde Odd. *d. q. art.* 2. Duar. ad *d. tit.* C. *si min. se maj.* Aliter Maur. *c.* 170. *n.* 8. *& seq.* quem sequitur Mynf. *d. loc. in fin.*

(*m*) *l.* 9. §. 2. *l. auxilium*, 37. §. 1. *ff. hoc tit. l.* 2. C. *si adv. del.* Etenim malorum mores infirmitas animi excusare non debet. *l.* 1. C. *d. tit.* magisque Reipub. interest delicta puniri, quam subveniri minoribus.

(*n*) Si delictum non ex animo, sed extra venit, idest aliunde, quam ex studio, & cogitatione nocendi. *d. l.* 1. C. *d. tit.* adi Odd. *q.* 86. *art.* 2.

(*o*) *l.* 8. *hoc tit.* facit *l.* 15. §. *si forte*, 22. *de damn. inf.* Odd. Pac. 2. 2. *q.* 93.

(*p*) Passim enim hæc conditio adjicitur, si statuta tempora largiantur, &c. *l.* 2. 3. 7. C. *hoc tit. l.* 1. *l.* 2. C. *si adv. cred.*

(*q*) *l.* 5. *de in int. rest. l.* 1. C. *si adv. vend. l.* 1. C. *de temp. in int. rest.* Nec potest objici præscriptio temporis, quia ea minori non currit. *l. ult.* C. *in quib. ca. in int. rest.*

(*r*) *d. l. ult.* Sufficit autem restitutionem intra hoc tempus postulasse, quamvis causa peragi non potuerit ob adversarii appellationem. *l.* 39. *hoc tit.* Mynsing. 1. *observ.* 51.

(*s*) *l.* 20. *in pr. hoc tit.* Consensu tamen partium prorogari posse volunt. Maur. *c.* 47. *n.* 4. *& seqq.* Odd. *p.* 1. *q.* 19. *art.* 10. *n.* 86.

(*t*) *d. l. &* 39. *l.* 4. C. *eod.* idque sive agat, sive excipiat, ex communi lege probationum. *l.* 2. *de prob. l.* 1. *de excep.* Maur. *c.* 215. adde Odd. *p.* 1. *q.* 37. Sichard. in *d. l.* 4.

(*u*) *l.* 9. §. 4. *de jurejur. l.* 5. C. *hoc tit.* Puta aliquid eorum trium, quæ comprehensa sunt in *l.* 44. *h. tit.*

(*x*) Utrumque ex iisdem regulis. Vid. *l.* 19. §. 1. *de prob.* junct. *l. ult. in fin.* C. *si min. se maj.*

(*y*) *l.* 1. *in fin. ff. l.* 2. C. *hoc tit. l.* 1. C. *qui, & adv. quos.* Odd. *p.* 1. *q.* 23. *art.* 3. *&* 13. Sich. in *l.* 2. C. *hoc tit. d.* 2.

(*z*) Quamvis communior DD. opinio refragetur, qui ne ex contractu quidem læso restitutionem concedunt, teste Odd. *p.* 1. *q.* 23. *art.* 7. & Fach. 3. *cont.* 5. communem sequuntur Duar. in *l.* 1. Cod. *qui & adv. quos*, Gom. 2. *res.* 14. *n.* 5. Brench. 1. *misc.* 28.

nihil attinent; puta in ignorantia facti, in negotiis extra judicium, in quærenda, aut collocanda (*a*) pecunia; nam juris ignorantiam allegare causas in foro oranti turpe est (*b*).

Videamus ergo, quod secundum erat, an non saltem efficiat aliorum auctoritas interveniens, puta Judicis, Magistratus, tutorum, aut curatorum, patris denique, ut rescindi non debeat, quod cum minore gestum est. Auctoritas Judicis spectatur in rebus judicatis. Quæsitum igitur, an minor recte defensus adversus rem judicatam, a qua appellatum non est, si læsus sit, restitui possit. Quidni vero dicamus (*c*) posse, cum etiam majoribus adversus iniquitatem sententiæ proditum sit commune remedium appellationis. At quid si in auditorio Principis res judicata sit, aut a Prætorio, aut a summa aliqua præfectura, an quia ab his provocatio non est, nulla erit minori adversus horum sententiam restitutio? Dicimus esse, eosque ipsos, qui judicarunt, adversus sententiam a se latam minorem posse (*d*) restituere. Atqui adversus suam sententiam appellari non possunt; nimirum appellatio querelam continet iniquitatis sententiæ; restitutio vel erroris proprii, vel doli adversarii † allegationem. Quod non impedit rei judicatæ auctoritas, id vel minus impedire debet auctoritas Magistratus, cujus decreto res minoris (*e*) vendita est; siquidem Magistratus vendi quidem rem minoris permittit, pretium autem decreto suo non comprobat. Præcipuam dubitationem habet tutorum, aut curatorum auctoritas; nam & potestas eorum in rerum administratione restitutioni obstare videtur, & auctoritatis interponendæ finis. Placuit tamen non usque eo valere debere eorum auctoritatem; ut id beneficium curæ suæ commissis adimant, quod remota hac auctoritate habituri (*f*) fuissent. Quod adeo verum est, ut etiamsi tutor, aut curator (*g*) solvendo sit, ut ab his suum minor consequi possit, tamen quominus restitutionem petat, nihil sit ei (*h*) impedimento. Ceterum non est hoc in omnibus causis perpetuum, sicut, ubi ad veras hujus edicti exceptiones ventum erit, ostendemus. Denique ne patris quidem auctoritas interveniens minorem a restitutione (*i*) excludit. Quinimmo minus in hac re patris auctoritati, quam curatoris tribuendum est, cum pater quatenus pater est, nec administrationem rerum habeat, nec auctor fieri obligetur.

Favor personæ justam dubitationem adfert in Fisco, & eo debitore, qui minori pecuniam debitam auctore curatore solvit. Fisci quantus sit favor, quam multa privilegia, notum est; certo tamen jure utimur, ut minor, si captus est, non minus adversus Fiscum (*k*) restituatur, quam adversus ceteros; una sane hic exceptio est, de qua item postea. Non temere debitor pecuniam minori debitam tutoris, aut curatoris auctoritate solvit; placet tamen, si minor pecuniam acceptam postea perdiderit, aut male consumpserit, etiam hic eum restitui (*l*) posse. Ceterum adversus hoc incommodum debitori sua cautio est, de qua lib. 2. cap. 68. Postremo nec inconstantia, quæ ceteris obesse solet, minori læso nocet in petenda varie restitutione. Finge eum hæreditatem sibi delatam, & a se repudiatam primo, postulata deinde restitutione, adiisse, rursus desiderare, ut iterum eam repudiet, audiendum eum esse & rescriptum, & responsum est (*m*).

His

(*a*) Professio juris, & artium nihil commune habet cum bonorum administratione, & in rebus agendis prudentia, quæ non ex libris, sed usu, & experientia comparatur. Odd. *dict. art.* 7. Sarmient 3. *sel. interp.* 12. Fach. *d. loc.* quo item pertinet locus Ciceronis 2. *offi. in fin.*

(*b*) *l.* 2. §. *Servius*, 43. *de or. jur.* Hinc & peritiam alterius artis, quam minor profitetur, restitutionem impedire circa negotia illius artis, & professionis statuunt Maur. *c.* 223. Odd. *d. art.* 7. *n.* 32. *& seqq.*

(*c*) Toto prope *tit. Cod. si adv. rem jud.* Quid si res ter judicata? negat restitutionem dari Ant. Fab. ad *l.* 18. §. 2. *hoc tit.* sed vide Mynf. 3. *obser.* 84. & de tota hac re in universum Odd. *p.* 2. *q.* 68. *& seq.* Maur. *c.* 192. *& seq.*

(*d*) *l.* 16. §. *ult. l.* 17. *& seq. l. præses*, 42. *hoc tit.* Recte igitur & adversus sententiam supremæ alicujus Curiæ restitutio petitur.

† Hanc diversi juris rationem eleganter reddit Hermogenianus in *d. l.* 17. *hoc tit.*

(*e*) *l.* 2. C. *de fid. min. l.* 11. C. *de præd. min.* Sane contra solutionem ex decreto factam non auditur minor. *l.* 7. §. 2. *hoc tit.* Nimirum solutio illa necessaria est, alienatio vero permissiva tantum.

(*f*) *Tot. tit. C. si tut. vel cur. interv. l. tutor.*, 47. *hoc tit.* Neque tamen ideo frustra adhibetur auctoritas, quippe quæ hoc semper præstat, ut ipso jure valeat, quod geritur. *Inst. de auct. tut. l.* 3. C. *hoc tit.*

(*g*) Enimvero ubi curatores idonei, placet minorem non aliter restitui adversus emptorem, quam si fundo meliore reddito, impensas bona fide factas præstare velit, *l.* 39. §. 1. *hoc tit.*

(*h*) Ut sit in potestate minori, utrum tutorem &c. conveniat, an integrum restitui postulet, nec oberit ei electio, quominus quod una via consequutus non est, id altera consequatur. *l. ult.* C. *si tut. vel cur.* Non obstat *l* 16. *In pr. hoc tit.* unde fluxit brocardicum illud, quod DD. pro certa lege habent, remedium ordinarium, & extraordinarium non concurrere. Vid. Duar. ad *d. tit.* C. Baron. & Ant. Fab. ad *d. l.* 15. Quomodo autem id declarent, vel restringant pragmatici, Odd. *p.* 1. *q.* 17. Maur. *c.* 12.

(*i*) Exemplum hujus rei in filio, qui pro patre fidejussit. in *l. ult.* C. *de filiofamil. min.*

(*k*) *l.* 2. C. *si adv. fisc. l. in fraudem*, 45. §. *ult. de in int. rest.* adde Maur. *c.* 217. *&* 219. Odd. *p.* 1. *q.* 28. *art.* 11. *& seqq.*

(*l*) *l.* 1. C. *si adv. sol.* nisi debitor a Prætore compulsus solverit, etsi sine curatoribus. *l.* 7. §. 1. *hoc tit.*

(*m*) *d. l.* 7. §. *restitutus*, 9. Alia species inconstantiæ, quæ tamen non impedit, quominus minor audiatur, est in *l.* 29. §. 1. *eodem.*

His igitur remotis ad veras hujus edicti exceptiones transgrediamur. Harum origo triplex: aut a re ipsa; aut ab adversario; aut a facto minoris. Rerum, quæ restitutionem, & prærogativam minorum excludunt, novem fere species. Prima est (n) libertas semel jure data; secunda (o), servitus, si major viginti annis ad pretium participandum se venumdari passus est; tertia, præscriptiones temporales, quæ minoribus jure singulari currunt; quales sunt, præscriptio sexaginta dierum, quæ marito objicitur uxorem adulterii (p) accusanti; quinquennii, de statu (q) defuncti; item triennii, liti finiendæ (r) constituti, modò minor a curatoribus jacturam, quam ex ea re propter desidiam eorum passus est, sarcire (s) possit; quarta, exsequutiones pœnarum omissæ, aut (t) remissæ; quinta, solutiones quædam auctore curatore minori factæ, cujus generis hæ (u) tres: redituum, & pensionum annua præstatio; fideicommissariæ hæreditatis restitutio; solutio ex sententia Judicis celebrata; sexta, pignoris (x) publici ob pensitationes publicas non solutas, item Prætorii ob rem judicatam (y) capti distractio; septima, res judicata tum pro libertate, tum adversus restitutionem ante postulatam, ne res abeat in infinitum; si tamen in posteriore postulatione novas allegationes minor attulerit (z), audiendus est; alioqui sola appellatio (citra metum tamen (a) præscriptionis decem dierum) ei superest; octava, repudiatio hæreditatis, ubi minor non suus hæres ad paratam laboribus substituti pecuniam venire (b) tentet; nona, postulatio restitutionis ob minimam rem, aut summam, ut præjudicetur majori, ut si minor, exempli causa, grege universo sibi vendito, duo capita morbosa redhibere velit, aut vendito lati fundi, pratum, aut (c) vinetum. Personæ, adversus quas restitutio non admittitur, sunt tres: minor item læsus; parens; patronus. Si minor æque læsus proponatur, adversus hunc minori læso nulla est restitutio, & in pari causa potior habetur is, cum quo (d) agitur. Ceterum sola ætas rei restitutionem excludit, alia autem beneficia non item; cujusmodi sunt exceptiones Senatusconsultorum Macedoniani, & (e) Vellejani. In parente, & patrono personarum reverentia omnem removet restitutionem in eo, quod cum liberis, aut libertis (f) gesserunt. Neque tamen parenti, aut patrono impune est, si liberos suos, aut libertos dolo circumvenerunt; tenentur enim eo nomine actione infactum verbis temperanda (g).

Facta hoc auxilium excludentia item tria: primum est, si minor solers, & diligens, probatæque vitæ, annos minimum viginti natus, quarum rerum probatio transigenda apud Supremum Magistratum, cujus jurisdictioni subjectus est, veniam ætatis a Principe (h) impetraverit; quæ impetratio hanc vim habet, ut deinceps in administratione rerum suarum pro majore habeatur; modo ne prædia sua alienet, aut (i) obliget. Secundum, si quod minor gessit, id postea major factus (k) comprobavit. Tertium, si in contrahendo caverit se adversus ea, quæ gesta sunt, non venturum, idque (l) jurejurando insuper confirmaverit. Qua de re extat (m) constitutio Friderici Impera-

(n) Tit. C. si adv. libert. l. 9. in fin. l. minor, 48. §. 1. hoc tit. nisi a Principe ex magna causa restitutio impetretur. l. 10. eod.

(o) Hæc res non magis, quam superior restitutionem capit. d. l. 9. §. 4.

(p) l. mulium, 37. §. 1. eod. ubi denegatæ hic in integrum restitutionis ratio redditur a Triphon.

(q) l. 6. C. ne de stat. defunct. quod jus in hac specie favor libertatis expressit.

(r) Eoque triennio desidia tutorum, vel curatorum transactio. l. properandum, §. ult. C. de jud.

(s) Quod ideo constitutum existimat Mada ad l. ult. C. si tut. vel cur. ut vel proprio dispendio discerent tutores, & curatores tempora statuta observare.

(t) d. l. 37. in pr. Idest, si minor, vel intra tempora constitutæ pœnæ persequutionem omiserit, vel auctoritate tutoris, &c. remiserit. Vid. Ant. Fab. in dict. l.

(u) De quibus in l. 25. C. de admin. tut. l. pen. in pr. C. ad Trebell. §. ult. Inst. quib. al. lic.

(x) l. 1. & 2. C. si propt. publ. pens. l. 1. l. ult. C. si adv. fisc. l. ult. C. de fid. inst. & de jur. hast. fisc. lib. 10

(y) Nisi minor magno & enormi damno ex ea venditione affectus sit. l. 1. Cod. si adv. vend. pign. l. 9. in pr. hoc tit.

(z) Vid. l. 1. l. 2. & ult. C. si sæpius in int. rest. post. & Duar. ad eund. tit.

(a) Quæ præscriptio novo jure adversus minorem non cedit, sed ex eo demum tempore cedere incipit, ex quo major factus, l. ult. C. in qu. ca. in int. rest.

(b) l. 24. §. Scævola, hoc tit. l. ult. C. de rep. hær.

(c) l. 4. de in int. rest. & ibi Accurs.

(d) l. 1. §. pen. l. 34. h. tit. per regulam in pari, 128. de reg. jur. Secus tamen est, si unus tantum captus sit, vel de damno certet. d. §. pen. Odd. p. 1. quæst. 18. art. 4.

(e) d. l. 11. §. ult. l. 12. eod. Quippe major ætatis favor, qui ratione naturali nititur, quam Senatusconsultorum, quæ civili dumtaxat.

(f) l. ult. C. qui & adv. quos in int. rest. non poss. Quod si restitutio filii non lædat existimationem patris, secus est; ut in specie l. ult. §. 1. C. de bon. quæ lib.

(g) l. 11. & seq. ff. l. 5. C. de dolo. adde Gilbert. Reg. 1. enant. 15.

(h) l. 2. l. 2. & tot. tit. C. de his qui, qui ven. ætat. feminas annum decimum octavum implesse satis est.

(i) l. 3. C. d. tit. Gomes. 2. resol. 14. num. 12. Maur. cap. 215. num. 4. Duar. ad dict. tit. Cod. de his, qui ven. æt.

(k) l. 3. §. 1. ff. hoc tit. tot. tit. C. si maj. fact. rat. hab. de quo pluribus Gomes. d. loc. num. 21. Odd. p. 1. qu. 25. & seq. Maur. 264. & seq.

(l) l. 1. C. si adv. vend. Qua in lege jusjurandum corporaliter præstitum appellatur, quo, ex more apud ethnicos usitato, majoris religionis causa se obstringebant rem aliquam tenentes, puta tangentes sacra, & altaria. De quo plura Brisson. 8. de form. Rav. 5. var. 5.

(m) Auth. sacramenta puberum. Cod. si adv. vend. ad cujus explicationem certatim commentationes suas contulere DD. tum Citramontani, ut Bart. Bald. Salic. Castr. sequuti Martin. qui hanc Auth. etiam de contractu alias ætatis respectu invalido accipiunt; tum Ultramontani, qui cum Bulgar. eam accipiunt de contractu valido dumtaxat.

peratoris in hæc verba: Sacramenta puberum sponte (*n*) facta super contractibus rerum suarum non retractandis inviolabiliter custodiantur. Per vim autem, vel per justum metum extorta etiam a majoribus, maxime ne querimoniam maleficiorum commissorum faciant, nullius esse momenti jubemus. Quod constitutio jubet sacramenta metu extorta nullius esse momenti, id non minus juste constituitur in dolo, & justo (*o*) errore; ut summa inutile sit jusjurandum, quod quis præstitit, vel metu coactus, vel dolo adversarii circumventus, vel suo ipsius errore falsus.

CAPUT XLVI.

Quale sit hoc beneficium, & peculiariter quibus, adversus quos, qua de re, cujus rei consequendæ causa competat.

VEnio nunc ad ipsum beneficium. Id quale sit, & quid minoribus tribuat, videamus. Principio de genere beneficii hoc tenendum, non esse beneficium hujus restitutionis tale, qualia Principis sunt beneficia, quæ ex liberalitate, & arbitrio Principis tota pendent, sed judicium, seu actionem; proinde in eo eadem omnia, quæ in ceteris judiciis servari, tum quæ (*p*) communia sunt omnium, tum quæ hujus judicii peculiaria, & pertinentia ad jus petitoris. Videamus ergo, sicut in ceteris fecimus, cui hæc actio competat, adversus quem, qua de re, quo fine, & effectu.

Competit minori vigintiquinque annis sua facilitate, & lubrico ætatis læso, si nihil extrinsecus intervenerit, quo a restitutione excludatur, qui locus jam est expositus. Illud sane inde constare potest, nunquam ab initio restitutionem hanc alii tribui, quam minori. Sed an semel minori quæsita, ab hujus persona ad alios, puta hæredes, fidejussores transeat, non est æque in promptu. Dubitatio ex genere beneficii; nam si causæ beneficium est, cur minus transeat, quam cetera jura, quæ causæ cohærent? Si personæ, personam minoris egredi non debet. Causæ beneficium esse dixeris, propterea quod non tam persona minoris restitutioni locum facit, quam, si captus est, si læsus. Rursus personæ esse dixeris, quia non omnibus, qui læsi sunt, tribuitur, sed minoribus dumtaxat. Utri igitur generi restitutionem associamus? Neutri quidem in totum; sed pro beneficio causæ eam habebimus in persona (*q*) hæredum minoris, pro personæ beneficio in (*r*) fidejussoribus, ut qui hoc auxilium, quatenus causæ est, sua conventione repudiasse (*s*) videantur. Nec est contrarium, quod traditur, in omni genere liberationis: liberato reo principali, etiam liberari accessiones; hoc enim toties verum est, quoties principalis obligatio, aut ipso jure tollitur, aut removetur per exceptionem jure communi competentem, qualis est, verbi causa, exceptio Senatusconsulti Velleiani. At quando manente obligatione persona rei dumtaxat subducitur, sicut fit, cum minor restitutione utitur, fidejussores nihilominus (*t*) obligati manent. Excipiendi nobis sunt duo casus. Primus est, cum fidejussor pro minore dolo adversarii circumvento intervenit. Ex hac causa, quæ minori competit exceptio doli, ea pro beneficio causæ omni ex parte habenda, ut etiam fidejussoribus prodesse (*u*) debeat; quippe cum etiam fidejussoribus ex eadem causa eadem exceptio detur. Alter casus est, quando fidejussor intercedit pro minore certæ personæ qualitatem inducente, quam deinde exuit beneficio ætatis; veluti si fidejubeat pro minore tamquam defensore alienæ litis, aut tamquam (*x*) hærede. Qui enim pro his, quatenus tales sunt, fidejubet, aperte id agit, ut ne teneatur deposita hac personæ qualitate.

Com-

(*n*) Non ait corporaliter præstita, ut Alexand. in *dict.* *l.* 1. aut tactis Evangeliis, qui ritus Christianorum fuit, quia ad substantiam jurisjurandi non pertinet rei ullius, quantumvis sacræ præsentia, aut tactus.

(*o*) *Cap. cum contingat*, 28. *ext. de jurejur.* facit *d. l. in omnibus*, 57. *de obl. & act.* adde Sicch. in *d. Auth. n.* 30. 40. *& seq.* Covar. in *c. quamvis*, 2. *de pact. in* 6. *p.* 1. §. 4. *& p.* 2. §. 6. *n.* 10.

(*p*) Nempe ad constitutionem judicii pertinentia; nam ut hoc judicium constituitur inter duos, & uterque etiam per Procuratorem agere potest. *l. un. Cod. etiam per proc. cau. in int. rest.* sed qui speciale mandatum habeat. *sup. cap.* 22. *in fin.* Nec potest hæc res agi, nisi apud competentem Judicem. *l.* 16. §. *ult. hoc tit.* Quis autem hic competens, vide Covar. 1. *resol.* 4. Odd. *p.* 1. *quæst.* 32. Maur. *c.* 35. Mend. *lib.* 4. *tit. Van requeste civili.* Illud singulare, quod etiam is, qui judicavit, adversus sententiam a se latam restituere potest; ut *cap. præced.* Ordo quoque judicii hic idem. *l.* 13. *in pr. l.* 29. §. *ult. hoc tit. l. un. Cod. in int. rest. post. ne quid novi fiat.* Sichard. ad *l.* 3. *C. de in int. rest. n.* 15. Odd. *p.* 1. *q.* 34. *& seqq.*

(*q*) *l.* 6. *de rest. in int.* etsi sint ipsi majores. *l.* 18. §. *ult. hoc tit.* Non datur tamen hæredibus totum statutum tempus, sed id dumtaxat, quod habuit reliquum defunctus, cui successerunt; ceterum minori hæredi id tempus non ante computatur, quam adolescentiam excesserit. *l.* 19. *hoc tit.*

(*r*) Quos idcirco hoc beneficio non juvari constanter traditum est. *l.* 13. *in pr. hoc tit. l.* 1. *C. de fidei. min. l.* 7. *in fin. de except.*

(*s*) In hoc enim fidejussor accipitur ab eo, qui cum minore contrahit, quod ei potius, quam minori fidem habeat. *d. l.* 13. *in pr. hoc tit.* Cujac. 19. *observ.* 29.

(*t*) *l. ult. de duob. reis.* vide quæ scripsi *lib.* 2. *c. ult. in fin.*

(*u*) *l. ult. C. de fid. min.* junct. *d. l.* 7. *in fin. ff. de except.* Maur. *c.* 14. Odd. *p.* 1. *q.* 48. Duar. ad *d. tit. C. de fid. min.*

(*x*) Tamquam pro defensore, ut in specie *l. minor*, 51. *de proc.* tamquam pro hærede, ut in specie *l. si pupillus*, 89. *de acq. her.* Alia ratio redditur ab Accurs. in *d. l. minor.* quam communiter sequuntur DD. Utique fidejussori, qui minori hæres extitit, salvum manet restitutionis auxilium, non tamen, qua fidejussor, sed qua hæres. *l. Stichum*, 95. §. 3. *in fin. de solut.*

Competit adversus aliquem, aut ex aliena persona, aut ex sua. Ex aliena adversus patrem, dominum, quatenus ad eos pervenit, aut quatenus patiuntur vires (*y*) peculii. Ex sua persona adversus omnes, ad quos per occasionem rei gestæ aliquid pervenit. In hoc numero tres. Primum is, qui quid cum minore gessit, contraxit, quo quid ad eum perveniret. Secundo, ad quem emolumentum facti minoris statim pervenit, sive recta, ut si repudiatam a minore hæreditatem is, cui ea secundo loco deferebatur, adierit; sive per consequentiam, veluti si minor reum principalem liberaverit, quo facto etiam fidejussores, & pignora (*z*) liberantur. Tertio rei a minore alienatæ quivis possessor, sed duobus tantum casibus; si is (finge secundum emptorem) rem a minore primum venditam esse scivit, aut eo id ignorante is, cui eam minor vendidit, non sit (*a*) solvendo. Ex his autem satis liquet, restitutionem hanc modo pro actione in personam esse, ejusque naturam imitari, cum datur adversus eos, hæredesque eorum, qui cum minore quid gesserunt, contraxerunt, aut ad quos ex facto minoris aliquid pervenit; modo pro actione in rem, cum datur adversus rei possessorem, qui nihil gessit, nihil ex gesto accepit; modo eas ipsas actiones minori tribuere, acceptilatione, aut alienatione rescissa (*b*).

Ea res in restitutionem venit, cujus amissæ redintegratio postulatur. Finis, quem & effectus sequitur, hic, ut quod gestum est, restituatur, ut & minori, & adversario ejus omnia sint integra. De minore constat. Huic ita consulitur. Quidquid ei suo facto abest, & ad alium pervenit, ei (*c*) restituitur, re ab eo empta, pretium; vendita, ipsa res; liberato debitore, actio; obligatione suscepta, libertas. Ad hæc si quid amissum in contractu bonæ fidei, aut repudiatum ex causa legati, aut fideicommissi, usuræ quoque, & fructus ex tempore rei gestæ accedunt, unaque cum re in restitutionem (*d*) veniunt.

De adversario minoris dubitari potest, propterea quod hoc edictum solis propositum minoribus; sed vox ipsa restitutionis satis arguit etiam huic ex eadem causa, hoc est, ex uno, eodemque, & mutuæ relationis negotio, succurri; cum non sit restitutio, nisi rescindatur, & irritum fiat, quod gestum est, resque eo deducatur, quasi ab initio nihil gestum esset. Quid quod alioqui minoribus ætas sua lucrum adferret cum jactura aliena, quod utique Prætori propositum (*e*) non fuit? Debet ergo & adversario minoris jus suum integrum restitui. Restituetur autem, quod ex negotio cum minore gesto amisit, & per eam causam ad minorem pervenit, aut dolo malo minoris factum est, quominus (*f*) perveniret, sive pecunia sit; ut si fundum a minore emit, pretium cum usuris ex (*g*) mora; sive res, ut si quid minori vendidit, cum eo permutavit (*h*), divisit; sive actio, ut si in transactione minorem pacto, vel acceptilatione liberavit, aut si facto minoris præscriptio temporalis (*i*) sublata. Illud hic in universum tenendum est, si minor jussus vicissim restituere, quod accepit, uti velit in integrum restitutione, etiam ea, quæ diximus, adversario præstare debere. Quod si pœnitentia ductus retinere maluerit quæ habet, quam quod amisit recipere, faciendam ei potestatem, inque eam rem habere (*k*) exceptionem utilem adversus eum, qui ex causa judicati, quod dederat, petit. Omnis autem hæc negotii rescissio tantum inter minorem, & adversarium ejus constituta est; aliis nocere non debet (*l*).

De

(*y*) *l.* 24. §. 3. *hoc tit.* Ne scilicet ex facto filii, aut servi lucrum faciat cum jactura minoris; datur & contra hæredes. *l.* 6 *&* *seq.* C. *hoc tit.*

(*z*) Vid. *d. l.* 24. §. 3. *l.* 27. §. 2. *hoc tit.* Si ex duobus reis alteri acceptum tulerit, in utrumque restituenda actio. *d.* §. 2. *l.* 27.

(*a*) *l.* 13. §. 1. *&* *ult.* *&* *l. seq. eod.* adde Odd. *p.* 1. *q.* 32. *art.* 7. Maur. *c.* 21. *n.* 7. *&* 8.

(*b*) *d. l.* 13. §. *ult.* *l.* 9. §. 3. *&* 4. *quod met. ca.* unde intelligi potest quod Paulus scribit, ex hoc edicto nullam propriam actionem, vel cautionem proficisci; totum enim hoc pendere ex Prætoris cognitione. *d. l.* 24. §. *ult. h. tit.*

(*c*) Quid si res cum alio communis? restituetur minor pro sua tantum portione; neque enim ætas illius ceteris patrocinari debet. *l. un.* C. *si in comm. ead. ca. in integ. rest. post.* nisi si emptor a toto contractu velit discedi, quod partem empturus non esset. *l. tutor,* 47. §. 1. *h. tit.* Plane si res divisionem non recipit, propter minorem major quoque juvatur. *l.* 10. *quemad. serv. am.* Duar. ad *d. tit.* C. Odd. *p.* 1. *q.* 46.

(*d*) *l.* 27. §. 1. *l. minor,* 40. *in fin. hoc tit.* Nam in minorum persona re ipsa, & ex solo tempore tardæ pretii solutionis mora contrahitur. *l.* 3. *Cod. in qu. ca. in integr. restitut.*

(*e*) Qui minoribus quidem consulere voluit, ne caperentur, & in damnum aliquod inciderent. *l.* 1. *h. tit.* sed non ut lucrum cum alieno detrimento contra æquitatem naturalem quærerent. Sicut ergo, qui restituitur, in damno morari non debet, ita nec in lucro. *l. un.* C. *de rep. quæ si in jud. in int. rest.* *l.* 24. §. *pen. hoc. tit.*

(*f*) Cetera autem non præstat minor, qui restituitur. De quibus vide *l.* 22. *hoc tit.*

(*g*) *d. l.* 24. §. *pen. l. tutor,* 47. *in fin. eod.* Excipe si minor solutam sine Judice pecuniam male consumpserit, aut perdiderit. §. *ult. Inst. quib. al. lic.* Quid si casu perdita? benignius est dicere minorem non juvari. Odd. *p.* 1. *q.* 4. *art.* 5. *n.* 24. Maur. *c.* 175.

(*h*) *l. un.* C. *de rep. quæ si in int.* Idem placet, si de restituenda hæreditate agatur, quam aditam minor restitutus repudiavit. *dist. l. un. l.* 7. §. 9. *hoc tit.*

(*i*) *l.* 1. *&* 2. C. *si advers. transf.* & *l. un.* C. *de rep. quæ si. in jud. in int. rest.*

(*k*) *l. si Judex,* 41. *hoc tit.* ubi vide Ant. Fab. adde Maur. *c.* 142. *&* 144.

(*l*) Propone minorem adita hæreditate creditoribus quibusdam solvisse, restituto minore non admittitur aliorum creditorum querela adversus eos, qui pecuniam suam ante restitutionem recuperarunt. *l. si mulier,* 31. *hoc tit.*

De exceptionibus.

CAPUT XLVII.

Quid sit exceptio, & quotuplex; tum in genere de vi, & effectu peremptoriarum.

Cum de materia judiciorum tractatum ordiremur, duas esse res dicebamus, quæ in judicium deducerentur: actionem a parte actoris; a reo exceptionem. De actionibus cognovimus; solæ supersunt exceptiones, neque præter has ulla alia res, si ab actione discesseris, in judicium principaliter deducitur. Id adeo ita liquere (*m*) potest. Omnis reus, qui modo judicio contendere paratus sit, ad defensionem suam aut inficiatione utitur, aut depulsione. Inficiatio est, cum negat ullam actori esse actionem de eo, quod petitur. Ea aut simplex est, aut cum novi facti affirmatione conjuncta. Simplex est, cum reus simpliciter negat id factum, quo nomine agitur; ut, exempli gratia, mutuam pecuniam, quæ ab actore petitur, sibi datam esse. Cum affirmatione novi facti conjuncta, cum confitetur quidem actionem aliquando actori competisse, sed eam nunc ei competere negat, utpote novo aliquo facto postea amissam; exempli gratia, actorem ideo vindicare rem non posse, quia reus dicat se eam usucepisse; in personam non posse agere, quia actio ipso jure sublata sit, puta solutione, acceptilatione, rei interitu. Simplex inficiatio aperte nihil in judicium deducit, neque ulla hic incumbit neganti probatio; tantum quæritur de actione, & intentione (*n*) actoris, quæ in dubium vocatur. In conjuncta autem affirmatio illa novi facti haud dubie in judicium deducitur, ac proinde a reo (*o*) probanda; sed deducitur per consequentiam duntaxat; principaliter enim eo spectat, ut ostendatur vere negare reum actionem actori competere. Depulsio est, cum de actione actoris confitens tam in jure, quam in facto, ea defensione utitur, quæ actionem removeat. Hæc defensio in usu juris exceptio, sæpe etiam (*p*) præscriptio appellatur, & ad institutam disputationem sola pertinet.

Exceptio igitur est defensio rei, quæ actioni, alioqui jure constitutæ, opposita, hanc ipsam (*q*) æquitatis ratione (*r*) excludit. Exceptio omnis recte defensio dicitur, utpote comparata defendendorum reorum causa. At non omnis defensio exceptio est, sed ea tantum, quæ actionem jure constitutam repellit. Quæ vero allegationes ostendunt, actionem ipso jure sublatam esse, veluti cum debitor solutionem allegat, defensiones dici possunt, exceptiones non possunt. Pugnantia sunt Jureconsultis, liberari ipso jure, & liberari per (*s*) exceptionem. Sed quomodo reus exceptione utetur ad excludendam actionem? Id indicant verba definitionis, si exceptio actioni (*t*) opponatur; etenim omnis defensio exceptionis in facto rei posita est, omissa ad liberationem reo nihil prodest. Nomen exceptionis natum ex formula judicii, quod sub exceptione (*u*) dabatur; sic enim Prætor subjiciebat, nisi, si non, extra quam si illud, aut illud factum erit, aut si quæ pericula eamdem vim habent. Hinc item factum, ut exceptio omnis conditio (*x*) appellaretur.

De jure exceptionum quærenti quatuor occurrunt deliberationes: an exceptio justa sit, seu jure prodita; qualis sit quæque exceptio; & quam vim habeat; an qui ea uti volet, eam sibi

(*m*) Si quis hic mihi Rhetorum libros adire velit, poterit fortasse nonnihil lucis etiam inde sibi ad hæc nostra melius intelligenda haurire.

(*n*) Idest, solum tractatur in judicio, an verum sit quod actor in propriam intentionem deduxit; nec de alicujus exceptionis vi a reo opposita disputatur; probante actore reus condemnatur, non probante simpliciter absolvitur. Covarr. in *cap. possessor malæ fidei, de reg. jur. in 6. par.* 2. *relect. initio. n.* 5.

(*o*) *l.* 1. C. *de prob.* Sed utrum solus reus solutionem, verbi causa, allegans, probare debet se solvisse, an prius actor cogendus docere pecuniam a se numeratam, vid. *cap.* 24. *lib.* 4.

(*p*) Exceptio, & præscriptio de iisdem rebus promiscue usurpantur, ut patet ex locis, quos congessit Alc. *de quinq. ped. præscript.* Vide Covar. *d. to loc. in pr.* Unde autem erigo verbi præscribere natum liquet. Videsis Alc. *dict. loc.* Don. in *rub.* C. *hoc tit. n.* 15. Rav. 1. *de præjud.* 8. Pet. Fab. 1. *semestr.* 21.

(*q*) *pr. Inst. hoc tit. l.* 12. *de dict. except.* unde vulgo DD. æquitatem esse matrem ajunt exceptionum. Sich. ad *l.* 19. C. *de prob.* n. 1. & exceptiones esse juris naturalis, & gentium, cujus scilicet juris defensio est. VVesemb. *par. loc. tit. n.* 8. Bachov. in *Treutl. vol.* 2. *disp.* 26. *thes.* 1. *lit.* A.

(*r*) *l.* 2. *hoc tit.* Perpetua semper, dilatoria ad tempus, & quamdiu durat. Lopez 28. *animadvers. n.* 5. & 6. Covar. *d. loc. n.* 4. Declinatoria quamvis directe Judicem, oblique tamen & ipsa intentionem actoris excludit. Gothof. in *d. l.* 2. §. 2.

(*s*) *l.* 34. §. 1. *de obl. & Act.* Azo in *summa* C. *h. t.* n. 1. & 2. Don. ad *rub. eod. n.* 5. Ceterum usu Interpp. jam obtinuit, ut omnis generis defensio, quæ modo agentis intentionem repellit, sive juris, sive facti negatione, exceptio dicatur; unde DD. exceptiones alias esse juris tradunt, alias facti, & intentionis. Mynf. ad *rub. Inst. h. t.* n. 12. Pet. Greg. 21. *syntagm.* 17. *n.* 5.

(*t*) Inde natum, quod passim legimus, exceptionem opponi, objici, obstare, exceptione occurrere, &c. De tempore opponendæ exceptionis dicetur *cap.* 51. & *seq.*

(*u*) Qua de re Duar. ad *l.* 7. §. 2. *de pact.* Cujac. 5. *obs.* 34. Pet. Fab. ad *l.* 154. *de reg. jur.* Alii translatum censent ab armis militaribus ad forensia; non male fortassis, sed non ex usu auctorum, ut notat Don. ad *rubr.* C. *hoc tit. n.* 11.

(*x*) *l.* 22. *ff. eod.* ubi quæ extat definitio exceptionis a conceptione sumpta est; sicut Ulpiani in *l.* 2. *eod.* ab effectu, & utendi modo, adde Pet. Fab. ad *d. l.* 154. *de reg. jur.* & 3. *semestr.* 24. Bachov. in *Treutl. vol.* 2. *disp.* 26. *th.* 1.

ſibi jure habeat; poſtremo de uſu exceptionis exercendæ. De his omnibus varie prout eſt genus exceptionis habendum. Genera exceptionum ſumma (*y*) duo: quædam enim perpetuæ ſunt, & peremptoriæ; quædam dilatoriæ, & temporales. Perpetuæ, & peremptoriæ ſunt, quæ perpetuo agenti obſtant, & ſemper rem, de qua agitur (*z*) perimunt. Earum iterum duo genera cauſis ſuis diſtincta: naſcuntur enim, aut jam a principio in re contrahenda, aut poſtea (*a*) exiſtunt. Quæ ab initio naſcuntur, ea partim naſcuntur ex re, & eo, quod factum eſt; partim ex perſona ejus, cui tribuuntur. Ex re hæ quatuor: exceptio metus; doli mali; in factum ex errore promiſſoris; pecuniæ non numeratæ; quas omnes jam ab initio naſci (*b*) apparet ex his cauſis, ſi quis quid promiſerit, aut metu, aut inductus dolo, aut errore ſuo falſus, aut ſpe futuræ numerationis. Ex perſona ab initio naſcuntur hujus generis exceptiones (*c*) duæ: exceptio Senatuſconſulti Macedoniani, & Vellejani. Poſtea emergunt quinque ex totidem cauſis: ex remiſſione debiti, exceptio pacti conventi, vel in factum, aut doli mali generalis adverſus hæredes, ſi teſtator (*d*) remiſerit, ex jurejurando exceptio jurisjurandi; propoſita edicto de (*e*) jurejurando; ex ſententia, qua debitor abſolutus eſt, exceptio rei judicatæ; ex dolo adverſarii poſt ſequuto, exceptio (*f*) doli: ex ſilentio creditoris, exceptio, ſive præſcriptio, cum intra tempora conſtitutionibus conſtituta non egit. Hoc ſilentium (*g*) præſcriptionem temporalem varie (*h*) parit, prout tempus actioni cuique exercendæ præfinitum eſt. In actionibus in rem eſt (*i*) præſcriptio quadriennii re aliena a Fiſco vendita; quinquennii adverſus querelam inofficioſi teſtamenti; decem, aut viginti annorum adverſus creditores, qui pignora perſequuntur ab extraneo poſſeſſa; triginta annorum in rebus, quæ uſucapi, aut longo tempore acquiri prohibentur; annorum quadraginta in rebus ad pios uſus deſtinatis; item debitori, aut hæredi ejus in hypothecis; centum denique annorum præſcriptio admiſſa in rebus ad civitatem pertinentibus. In actionibus in perſonam centum item annorum iiſdem in rebus; in iis, quæ piis uſibus deſtinata item quadraginta; in privatis actionibus omnibus in prima inſtancia triginta annorum; in ſecunda, ſeu in cauſa appellationis (*k*) decem dierum. Ceteræ, quæ ab initio intra certum finem (*l*) conſtitutæ ſunt, finito eo tempore, ipſo jure finiuntur.

Vis harum exceptionum, quod ſecundo loco quærendum, una eſt omnium communis, quam & ipſa nomina indicant, quæ oppoſitæ, & probatæ (*m*) ſemper agentibus obſtent, & rem, de qua agitur, perimant, non ſolum actionem, ſed etiam obligationem non minore effectu, quam ſi ſublata eſſet ipſo jure (*n*).

Tertia deliberatio eſt, ut is, qui exceptione peremptoria uti volet, diſpiciat, an quam jure conſtitutam habeat. Ubi hæc quærenda: quibus, adverſus quos, qua de re quælibet competat. Ex his quædam communia omnium; quædam ſingulorum propria. Communia hæc, quod omnes exceptiones peremptoriæ cauſæ (*o*) cohæreant, aut in totum, aut

(*y*) *l.* 2. §. *ult. l.* 3. *ff.* §. *appellantur*, *Inſt. hoc tit.* quæ diviſio ab effectu, & fine ſumpta. VVeſemb. *par. hoc tit.* n. 7. Plura genera recenſent DD. ſed perperam Lopez. *animad.* cap. 28. Exceptionem diviſionis cui generi adnumeramus? peremptorii, ut recte Sich. in *l.* 10. C. *de fidei*, n. 10. licet plerique diſſentiant.

(*z*) §. *perpetuæ*, *Inſtit. d. l.* 3. *ff. eod.* de quo iterum paulo poſt, ubi de vi harum exceptionum dicetur.

(*a*) De quibus generibus, quatenus obligationis, & actionis in perſonam liberationem afferunt, dictum *lib.* 2. *cap.* 75.

(*b*) De prioribus duabus eſt in *Inſt. hoc tit.* §. 1. *&* *proprius tit. ff. de dol. mal. & met. exc.* de tertia ſpecie in *d.* §. 1. de poſtrema in §. 2. *Inſtit. eod.* ejuſdem claſſis videtur exceptio dominii. *l. pen. & ult. de pub. in rem act.*

(*c*) *l.* 7. *hoc tit.* Quibus addi poteſt exceptio ætatis. *l.* 9. §. 4. *de jurejur.*

(*d*) *l.* 3. §. *nunc de effectu*, *de lib. leg.* de exceptione pacti agimus *cap. ſeqq.* Hujus generis item eſt exceptio rei venditæ, quæ vindicanti objicitur. *tit. de except. rei jud.*

(*e*) §. 4. *Inſt. hoc tit.* De hac exceptione ex profeſſo tractamus *lib.* 4. *c.* 15.

(*f*) De exceptione rei judicatæ eſt *c.* 49. de exceptione doli *c.* 59. *hujus lib.*

(*g*) Quæ & exceptio temporis *l. pen.* C. *de long. temp. præſcr.* Frequentius autem præſcriptio temporis, aut temporalis dicitur, non ut exceptio temporalis, quod ad tempus noceat, ſed quia reo ex tempore naſcitur. *tot. tit. ff. de div. temp. præſcr.*

(*h*) Ipſo autem jure actionem non tollit, quæ initio perpetua fuit, ut docuimus *lib.* 2. *c.* 67.

(*i*) *Tit.* C. *de quadr. præſcr.* de quinquenni præſcriptione adverſus querelam eſt in *l.* 34. *in fin.* C. *de inoff. teſt.* De ceteris præſcriptionibus, quæ ſequuntur, ſatis multa pro inſtituto ſcripſimus, & notavimus *lib.* 1. *c.* 30. *& d. c.* 67. *lib.* 2.

(*k*) Quod tempus juri appellandi a Juſtiniano præſtitutum. *Auth. hodie*, C. *de appell.* Vide *c.* 53. *lib.* 4

(*l*) Cujus generis Pauliana, redhibitoria quanto minoris, & fere pœnales omnes prætoriæ *d. c.* 67. *lib.* 2.

(*m*) Appellatio enim perpetua, nata noſtra tempore proponendi, quod quacumque judicii parte opponi poſſit, ut perperam DD. & Mynſ. in §. 8. *Inſt. h. tit.* ſed a tempore, quo effectus propoſitarum durat; eoque ſenſu etiam exceptio non numeratæ pecuniæ vere perpetua eſt. Bronch. 2. *miſcellan.* 32. ſed alio ſenſu temporalis, quia ei legitimo actionis tempore præſcribitur, qualis item exceptio querelæ inofficioſi. *l.* 8. §. *ſi filius*, *de inoff.* & ibi Coſtal.

(*n*) *d.* §. 8. *l.* 3. *h. t.* eoque pertinet *l. nihil intereſt*, 112. *de reg. jur.* Pet. Fab. in *l.* 66. *de reg. jur.* In tantum, ut placeat eum, qui conſtituit, quod per hujuſmodi exceptionem non debeat non teneri, quaſi omni jure indebitum *l.* 3. §. 1. *de conſt. pec.* hoc amplius ſolutum quoque per errorem repetere poteſt, dum ne ſit exceptio Macedoniani, quæ obligationem naturalem non tollit. *l.* 40. *de cond. ind. l.* 10. *de S. C. Mac.*

(*o*) Quod collectione generum indicatur in *l.* 7. §. 1. *hoc tit.*

aut ex parte. In totum ceteræ, ex parte jure communi duæ: Macedoniani, & Vallejani; una jure extraordinario, quæ minori competit beneficio in integrum restitutionis. Hæ enim ita causæ sunt, ut personæ tamen certæ tribuantur. Hinc jam de his, quibus, & adversus quos competant, quid definiendum sit intelligitur; nempe, quæcumque exceptiones hujus generis alicui competere cœperunt, eas deinde transire ad omnes, ad quos obligatio pertinet, hæredes, inquam, successores in rem, fidejussores, (*p*) ceterasque obligationis principalis accessiones; & vice versa, quæ adversus aliquem competunt, etiam adversus ejus hæredes, ceterosque successores (*q*), competere. Una illa, quæ ætatis beneficio competit, tantum fidejussoribus non datur, cujus rei rationem reddidi cap. proxime præcedente.

Propria singularum spectantur tum in principalibus personis, quibus, & adversus quas competunt, tum in rebus ipsis, & causis, quæ in has exceptiones deducuntur. De his in iis exceptionibus, quas ab initio nasci diximus, una generalis, & facilis præceptio est, eas locum habere superioribus (*r*) causis intervenientibus inter eos, inter quos res geritur, de ea ipsa re, quæ gesta est. Posterioris quoque generis temporalis illa præscriptio tota patet. Reliquæ quatuor, pacti conventi; jurisjurandi; rei judicatæ; doli post sequuti difficiliorem explicationem habent: & disquisitionem desiderant separatam.

CAPUT XLVIII.

De pacti conventi, & jurisjurandi exceptione.

EXceptio pacti conventi nascitur ex pacto, quo (*s*) convenit, ne quid peteretur, aut ab obligata actione in personam, aut a possessore actione in rem. Quæritur hæc exceptio debitori aut facto suo, aut alieno. Suo, cum (*t*) ipse paciscitur cum creditore, ne a se petatur. Alieno, cum alius, qui modo debitori exceptionem acquirere possit; quo in numero sunt hi quatuor: qui sunt in potestate debitoris; qui in administratione bonorum pro dominis habentur; testator hæredi suo paciscens; fidejussores debitori. In potestate debitoris domini, & patris sunt servus, & filiusfam. quibus similes sunt, in quibus debitor usumfructum habet, & qui bona fide ab eo (*u*) possidentur. Administratores bonorum sunt, procurator, tutor, curator, actor municipum, magister societatis, atque horum omnium pacta debitori (*x*) prosunt ad exceptionem: testator quoque pacisci potest, ne a Titio hærede suo futuro (*y*) petatur. Denique & fidejussoris pacto tributum, ut ad exceptionem prosit reo (*z*) principali, neque hoc mirum; cum prope sit, ut ipsi paciscatur. Ceterum quæ ex pacto administratoris, & fidejussoris exceptio acquiritur debitori, ea non (*a*) pacti, sed doli exceptio est. Ab his personis si discesserimus, non magis utilia sunt hujusmodi pacta, quam si quis alteri stipuletur dari (*b*).

Exceptio pacti debitori quæsita transit deinde ad eos, ad quos peremptorias omnes transire diximus. Igitur & hæredibus ejus dabitur, nisi tamen nominatim ad actum, ne a debitore solo peteretur, non etiam ab hæredibus (*c*) ejus. Dabitur deinceps & fidejussoribus

---

(*p*) *d. l. 7. & l. 19. eod. l. 8. de non numer. pec. l. 28. C. de evict. l. 17. §. 5. ff. de pact. l. 32. de fidejuss.*

(*q*) *d. l. 8. C. de non num. pec. l. 28. ff. de exc. rei jud. arg. l. qui in jus, 177. de reg. jur.*

(*r*) Nota obiter, exceptionem peremptoriam, quamvis nascatur ex causa, ex qua actio nata esset temporalis, non solu meo sensu perpetuam esse, quo diximus, sed etiam lapsu temporis non interire. *l. 5. §. ultim. de exc. dol.* ubi exemp. & ratio. Secus tamen est, cum quis jus situm intra certum tempus lege definitum in judicio agendo proponere potest; quia tunc cessat ratio *d. l. 5. §. ultim.* Hinc exceptio non numeratæ pecuniæ biennio, querelæ inofficiosi quinquennio finitur. Gomes. 1. *var. resolut.* 11. *num.* 20. Costal. in *l. 8. §. si filius, de inoffic.*

(*s*) Sive re, sive verbis, *l. 1. §. 3. de pact.* sive expresse, sive tacite consensu. *l. 2. l. 4. in pr. eod.* Duar. ad *d. l. 4.* Don. ad *l. 2. C. eod. n. 8.*

(*t*) Etsi pupillus sit. *l. contra, 28. eod.* ubi ratio. Sed etsi hæres ante aditam hæreditatem paciscatur cum creditoribus, ut minus solvatur, pactum validum est, quamvis tunc nondum debitor sit. *l. 7. §. ante, 17. eodem.*

(*u*) *l. 17. §. ultim. & du. ll. seqq. l. si debitor, 55. eodem.*

(*x*) *l. 10. §. ult. & quinq. ll. seqq. eod.*

(*y*) *l. Avus, 33. eodem.* Adde Don. ad *l. 38. §. alteri, de verb. obl. num.* 47. & quæ notavimus *lib. 2. cap.* 8.

(*z*) *l. 25. §. ult. eod.* Et generaliter pacta in rem omnibus prosunt, quorum obligationem dissolvi interest paciscentis. *l. 21. §. ult. eod.*

(*a*) *d. l. 10. §. ult. d. l. 25. §. ult.* Pacti non datur, quia debitor ipse pactus non est; sed in subsidium datur exceptio doli, quia creditor adversus suum factum venit. Ant. Fab. ad *d. l. 10. §. ult.*

(*b*) Adeo ut nec patris pactio filio prosit in eo, in quo pater non tenetur. *l. 17. §. 4. l. 21. §. 2. eod.* at stipulatio in personam filii concepta patri quæritur. §. 4. *Institut. de inut. stip.* nimirum stipulatio civiliter consideratur, quæ res facit, ut omnes, qui in ejusdem potestate sunt, pro una persona habeantur. Pactum autem naturaliter; & ideo plures hic personæ. Cujac. tamen, & Duar. filio doli exceptionem dari volunt.

(*c*) *l. 25. §. 1. de pact.* junct. *l. 9. de prob. l. 7. de except.*

bus eadem item lege, nisi pactum sit (*d*) personale. Sed etsi in rem sit, uno tamen casu fidejussori non proderit, si donandi animo (*e*) fidejusserit. Constituitur hæc exceptio adversus creditorem, partim item ex suo facto, partim ex alieno. Suo, cum ipse creditor, qui modo rerum suarum administrationem (*f*) habeat, pactus est, ne peteret. Alieno, si iidem illi, qui paciscendo exceptionem debitori acquirere possunt, dispari tamen admodum potestate, & recte. Illic enim agebatur, ut debitori quid acquireretur, hic ut adimatur creditori; inter quæ multum interest. Igitur in prioribus duobus generibus pactum non ulterius nocet, quam quatenus aut voluntas creditoris concedit, aut administrationis ratio. Pactum ergo filiifam. aut servi in pecunia paterna, aut dominica obligationi patris, aut domini nihil (*g*) detrahit. Sane quidem, si eam pecuniam voluntate eorum crediderint, quod pacti erunt credendi tempore, valebit, sed ut pars ejus (*h*) contractus. Sed etsi in re peculiari contraxerint, pactio tamen de non exigenda pecunia non nocebit domino, aut patri, nisi liberam peculii administrationem habeant; ac ne tunc quidem, si donandi animo interposita sit. Quando igitur? nempe cum pro remissione debiti tantumdem, aut amplius accipiunt, aut in re dubia transigunt, ne donare videantur; non enim ad hoc eis conceditur libera administratio, ut (*i*) perdant.

Pari ratione pactum procuratoris non aliter domino nocere debet, quam si aut specialiter ei mandatum sit, ut pacisceretur, aut ipse in rem suam (*k*) datus sit. Cui autem concessa est libera bonorum administratio, ei nihil amplius licere existimandum est, quam filio, aut servo in libera administratione (*l*) peculii. Tutorum quoque, & curatorum eadem causa: nam nec his quidquam amplius jure tribuitur, quam (*m*) administratio. Solus testator, quemadmodum consulere hæredibus suis paciscendo semper potest, ita & (*n*) nocere. Ita constituta adversus creditorem exceptio transibit, deinde etiam adversus hæredes ejus, & singularum rerum (*o*) successores. Competit de ea re, de qua convenit; in alia re facta conventio, aut cum alia persona, in alia re, aliave persona non (*p*) nocet. Quæ dicta sunt de debitore, & creditore, eadem & de possessore, & petitore paciscentibus intelligantur.

Exceptioni pacti conventi affinis est exceptio jurisjurandi; nam & jusjurandum litis decidendæ causa interpositum, de quo hic loquimur, in se conventionem habet, propter quam non minus servatur, quam propter religionem. Hinc igitur nata exceptio iisdem fere regulis juris, quibus superior illa continetur, quæ proinde huc translatæ naturam hujus exceptionis non difficulter explicabunt. Id autem in hac specie idcirco hic tantum indicamus, quia iterum de ea nobis dicendum volumine sequenti.

CAPUT XLIX.

De exceptione rei judicatæ.

NOn ut quisque judicio absolutus est, ita statim & ipso jure tollitur jus actoris. Quid enim si perperam Judex pronunciaverit? Tantum propter auctoritatem rei judicatæ statur (*q*) sententiæ, a qua appellatum non est, obstatque agenti re judicatæ (*r*) exceptio, quoties eadem quæstio inter easdem personas revocatur. Comparata est igitur rei judicatæ exce-

(*d*) *d. l.* 25. §. 1. neque aliquid probatur in *d. l.* 7. *de exc.* Nam dicuntur quidem peremptoriæ fidejussoribus dari, sed quæ causæ cohærent.

(*e*) Quia talis fidejussor mandati actionem non habet, qua reum postea conveniat. *l.* 32. *de pact.*

(*f*) Nam pupilli, furiosi, prodigi frustra ita paciscuntur. *l. contra*, 28. *eod.* Minores si quid paciscendo remittant, paratam habent in integrum restitutionem. *l.* 44. *de min.*

(*g*) *l.* 3. *l.* 23. C. *de pact.* Videri potest eum, qui contraxit obligationem jure dissolvere. *l.* 35. *de reg. jur.* sed hinc potius efficitur, domini, aut patris esse obligationem dissolvere, qui ipsi per servum, &c. contraxisse videntur. Non obstat. *l.* 749. *de reg. jur.* quæ hunc sensum habet, ut ex qua persona lucrum capimus, ejus factum præstare debeamus, quod in negotio ab initio intervenit, non quod postea plane acquirere jussit, possum non acquirere. *l.* 3. C. *de her. inst.* sed eo ipso nihil adimunt. Don. in *d. l.* 3. & Sich. *n.* 2. & 8.

(*h*) *l.* 29. *de pact.* facit *l.* 31. §. 1. *verf. sed adjicere*, *de reb. credit. d. l.* 149. *de reg. jur.*

(*i*) *l.* 29. §. *ult. de pact. l.* 12. C. *de transact. l.* 7. *in pr. de donat.*

(*k*) *l* 12. & *l. seq. de pact.* vid. Cujac. ad *l.* 10. §. *ult.* & *ll. seqq. eod.* Brisson. *ib.* 3. *de solut. statim. post princ.*

(*l*) Hinc responsum mandato generali non contineri transactionem decidendi causa. *l. mandato*, 60. *de proc.* Brisson. *d. loc.* utique de re vere dubia recte transigit. *l.* 12. C. *de transact.* sed ea transactio non nocet mandanti.

(*m*) *d. l.* 28. §. 1. *l.* 22. C. *de transact.* & pro dominis sunt, cum administrant, non cum spoliant. *l.* 7. §. 3. *pro empt.*

(*n*) Nam si novo onore hæredem onerare potest, quanto magis id, quod alioqui ad eum pervenire poterat, non dare?

(*o*) Servata tamen eadem distinctione pacti in personam, & rem concepti. *l.* 17. §. 5. *de pact.*

(*p*) *l.* 27. §. 4. *in fin. eod.* Est tamen ubi pactum aliis nocet, ut si major pars creditorum, servata rescripti forma, paciscatur de certa parte debiti non petenda; nam hæc conventio ceteris dissentientibus obest; de quo vid. *l.* 7. §. *ult.* & *tr. ll. seqq. eod.* Jus autem hypothecæ tali pacto non tollitur. *l.* 10. *eod. in pr.* nec etiam opinor reliquæ accessiones, per *l. si præcedente*, 58. §. 1. *mand.* Mathesilan. *sing.* 104. adde Trentacinq 3. *pr. resol. tit. de solut. res.* 3.

(*q*) *l. cum prolatis*, 32. *l. post rem*, 56. *de re jud.* Hanc autem auctoritatem rebus judicatis dari publice interest; cur intersit, explicat Paul. in *l.* 6. *hoc tit.*

(*r*) §. 5. *Instit. de exc.* adeoque & vincenti, si actor est, datur actio judicati. *l.* 4. §. 5. *de re jud.* vid. *lib.* 4. *cap.* 49.

exceptio tuendi ejus rei causa, qui sententia Judicis (*s*) absolutus est. Quæritur hæc exceptio debitori, aut per se, aut per alios. Per se, si cum ipso judicio actum sit. Per alios, si actum sit cum aliis, qui rem in judicium deducere possunt, & secundum eos pronunciatum sit; quo in numero sunt hi (*t*) quatuor: tutor, curator, procurator, actor municipum. Sed etsi sine mandato defensor rei extiterit, & dominus postea ratam rem habuerit, idem dicendum est. Quæsita reo exceptio transit deinceps ad successores, & (*u*) fidejussores. Competit adversus creditorem, qui judicio victus est, sive ipse judicio egerit, sive ex superioribus quispiam, qui rem in judicium recte (*x*) deducunt. Per consequentiam item evenit, ut transeat adversus hæredes, omnesque alios successores (*y*) s

Ceterum ita demum hæc exceptio obstat, si de eadem re iterum (*z*) agatur. De eadem re ut agi intelligatur, tria hæc concurrere (*a*) debent: id ipsum, de quo prius actum; eadem petendi causa; eædem personæ. Id ipsum peti intelligitur, si aut idem corpus, aut eadem quantitas, aut idem jus petatur. Idem corpus finitore Paulo in hac exceptione accipimus, quod substantia eadem, tametsi de qualitate, aut quantitate aliquid decesserit, aut etiam accesserit, veluti minuto, vel aucto (*b*) grege. Sed etsi non totum petatur, quod prius petitum est, sed pars tantum, quæ eo corpore continebatur, adhuc idem peti (*c*) intelligitur. Plane quæ juncta sunt ædibus petitis, ut cæmenta, lapides, tigna, ea postea separata dominus vindicare sine metu hujus exceptionis potest; quia intelliguntur pars esse (*d*) ædium. Quantitatis ejusdem petitæ eadem ratio. Finge hæredem ex sextante scriptum, semissem hæreditatis ab intestato petiisse, & victum esse, si post deinde ad sextantem redierit, (*e*) obstabit ei exceptio rei judicatæ. Etiam in jure petito valet eadem definitio. Finge eum, qui fundum petiit, quem suum esse diceret, ex eadem causa ejusdem fundi usumfructum petere; dicemus huic obstare exceptionem rei judicatæ, quia eadem res petatur, ususfructus nempe, qui conjunctus cum proprietate dominii pars (*f*) est. Diversum est, si quis usumfructum a proprietate separatum petierit, deinde proprietatem nactus iterum de usufructu experiatur; potest enim dici, aliam eum rem petere, atque adeo ex nova (*g*) causa. Habet autem hæc definitio locum etiam in pluribus rebus, aut nominatim, aut comprehensim petitis; ut si Sticho, & Pamphilo petitis, deinde unus ex his petatur; aut hæreditate petita, res aliqua (*h*) hæreditaria. Sane si quis solas (*i*) usuras petiit, nec obtinuit, ei nocere non debet exceptio rei judicatæ circa sortis petitionem, sicut nec ei, qui de possessione victus in rem agit (*k*).

Secundo ut sit huic exceptioni locus, etiam eamdem (*l*) causam esse oportet. In eo spectabimus originem petitionis, quæ prioris judicii in lite contestanda fuit, causamque illius cum ea, ex qua nunc agitur, (*m*) conferemus. Si quis ergo simpliciter, & nulla adjecta cau-

(*s*) Sive debitor sit, sive possessor; ei autem, contra quem judicatum est, hæc exceptio nunquam datur. *l.* 16. *hoc tit.* Nec obstat *l.* 4. C. *depos.* nam qui in sortem tantum reum condemnat, vi ipsa de usuris absolvit. Don. in *d. l.* 4. *n.* 9.

(*t*) *l.* 11. §. *hoc jure*, 7. *hoc tit.* ubi & defensor a parte rei inter has personas numeratur.

(*u*) Et reliquas accessiones *l.* 9. §. *ult. d. l.* 11. §. *si quis*, 8. *l.* 25. §. *ult. eod.*

(*x*) *d. l.* 11. §. 7. Huc pertinet definitio *l.* 4. *eod.*

(*y*) *l.* 28. *eod.* Itaque quod dicitur in *d. l.* 9. §. *ult.* exceptionem hanc ad emptorem transire, tam adversus eum, si successit in jus actoris, quam pro eo accipiendum est, si successit in jus rei absoluti. Et hinc est, quod etiam noceat creditori ex persona auctoris, vi victus creditori rem pignori dedit. *d. l.* 11. §. *ult.*

(*z*) De qua prius judicatum erat. *l.* 12. *&* *du. ll. seqq. eodem.*

(*a*) Adeo ut uno ex his tribus deficiente corruat exceptio *l.* 14. *eod.*

(*b*) *l.* 14. *in pr. l.* 21. §. 1. *hoc tit. l.* 7. §. *pen. & ult. eod.* ubi & exempla.

(*c*) Ut si quis gregem petierit, deinde speciale aliquod corpus ex eo grege. *d. l.* 21. §. 1. aut fundum, & deinde partem ejus fundi, sive divisam, sive indivisam. *d. l.* 7. *in pr. eod.* petat.

(*d*) *d. l.* 7. §. 2. In pr. quidem *d. l.* etiam hæc obiter recensuerat Ulpian. inter partes totius, sed in *d.* §. 2. serio ea excipit, addita etiam ratione. Idem in alia re accidit Cajo in *l.* 7. §. *cum quis*, *in pr.* junct. *vers. videntur*, *de acquir. rer. dom.* Plane si quis domo petita victus, deinde aream petat, nocebit ei exceptio. *d. l.* 7. *in pr.* quia si domus mea non fuit, nec solum meum esse potest, cui erat imposita. *Zas.* in *d. l.* 7. §. *num.* 7.

(*e*) Nam ut qui decem petiit, singulas summas, & unitates ex quibus decem constant, petiisse intelligitur. *arg. l.* 1. §. 4. *de verb. obl.* ita cum judex, cujus sententia actioni subservire debet. *l. ult.* C. *de fid. her.* pronunciat decem actori non deberi, nihil ex ea summa deberi dicit; exemplum, quod afferimus, est in *d. l.* 7. §. *pen.*

(*f*) *l.* 21. §. *pen. hoc tit. l.* 4. *de usufr.*

(*g*) *d. l.* 21. §. *pen.* Plane qui iter petiit, si postea actum petat, cessabit rei judicatæ exceptio. *l.* 11. §. 6. *eod.* Nam iter non est pars actus, sed alia servitus, quamvis qui actum habet, etiam iter habeat, tamquam accessionem necessariam. *l.* 1. *de serv. rust. pred.*

(*h*) Aut singulis rebus petitis hæreditas. *l.* 7. *in pr. & pen. & ult. hoc tit.*

(*i*) *l.* 23. *eod.* Aliud juris est, si quis absolutus de sorte conveniatur de usuris; immo etsi condemnatus de sorte dumtaxat. Vid. *sup. lit. s.*

(*k*) Quoniam in interdicto possessio, in actione proprietas vertitur. *l.* 14. §. *ult. eod.* alia exempla in *l.* 20. *&* 21. *eod.* Sed nec rei vindicatione victo, & publiciana deinde agenti exceptio obstat *l.* 39. §. 1. *de evict.* nisi utramque prius conjunxerit. Zas. in *l.* 11. §. 4. *hoc tit. n.* 17. add. Menoch. *retin. rem.* 1. *n.* 833. *& rem.* 3. *n.* 808. Fach. 10. *cont.* 80.

(*l*) Nam alia petendi causa si erit, alia res intelligitur, quamvis petatur idem, & de eo agatur inter eosdem. *l.* 14. *in pr. l.* 27. *hoc tit.*

(*m*) *d. l.* 11. §. 4. Nam quoties quæstio priori judicio terminata revocatur, etsi alia sit actio, aliud genus judicii, alius Judex, eadem tamen causa est. *l.* 5. *d. l.* 11. §. 4. *eodem.*

causa, quod in actionibus in rem prohibitum non est, priore judicio rem vindicaverit, & victus eamdem rem ab eodem iterum petat adjecta causa, quæ post prius judicium nata non sit, obstabit huic agenti exceptio; quia eadem petendi causa esse intelligitur, generali vindicatione in judicium (*n*) deducta. Quod si nominatim causam expresserit, quod in actionibus in personam necessarium, liberum in vindicationibus, idem postea petens ex alia causa non debet (*o*) submoveri. Alia causa posterior, aut genere alia est, aut tempore. Genere, ut si quis fundum petiit tamquam a Titio emptum, & traditum, nunc petat tamquam donatum, aut legatum. Tempore, quæ prius judicium sequuta est, quamvis genere eadem cum priore. Exempla passim in hoc argumento obvia (*p*).

Postremo inter easdem personas quæstio revocari debet: si alius erit, aut reus, aut actor, cessabit (*q*) exceptio. Est enim notissima juris regula, res inter alios judicatas aliis neque nocere, neque (*r*) prodesse. Ceterum non est hæc regula ita perpetua, quin in quibusdam tum personis, tum causis vim suam perdat. In personis sunt victoris rei successores, & fidejussores; actoris item victi hæredes, & successores. Hi omnes auctoris sui jure merito (*s*) utuntur, cujus in locum persona ejus suscepta succedunt. In causis (*t*) exceptis sunt primum actiones, quæ dicuntur præjudiciales, quarum omnium vis, unde & nomen acceperunt, hæc est, ut præjudicium sine exceptione adferant inter omnes, inter quos de eodem statu quæstio postea (*u*) inciderit. Deinde causæ omnes, in quibus agitur de viribus testamenti, ut si hæreditas a (*x*) legitimis hæredibus petita est, & contra testamentum pronunciatum, valebit hæc sententia non tantum contra hæredes scriptos, sed etiam contra legatarios; cum everso testamento, necesse sit simul omnia concidant, quæ in eo testamento sunt (*y*) adscripta. Aliud tamen hodie observari in causa præteritionis, & exhæredationis notum est (*z*).

CAPUT L.

De exceptione doli mali.

Exceptio doli mali prodita est ei, quo quid dolo petitur; adversus eum qui quid ita petit; de ea re, quæ ita petitur; ne petenti dolus patrocinetur, ei, unde petitur, (*a*) noceat. Nascitur hæc exceptio ex iis causis, quæ dolum inducunt. Hæ variæ pro genere exceptionis. Exceptio doli duplex: una specialis; generalis altera. Specialis nascitur ex eadem causa, ex qua actio de (*b*) dolo, videlicet si quid ab alterutro gestum sit dolo malo; proinde & hic eadem (*c*) præcepta. Generalis ex omni causa, ob quam id, quod petitur, exceptione elidi potest, quamvis inter initia nihil dolo (*d*) factum. In summa, quoties actor per occasionem juris civilis æquitatem naturalem infringere (*e*) conatur. Duæ igitur res, eæque junctæ hanc exceptionem inducunt: ab actore actio jure constituta; a reo æquitas naturalis. Causæ hujus æquitatis, aut initio interveniunt, aut postea. Ab initio hæ quatuor: metus, dolus, error, (*f*) spes pecuniæ numerandæ, ex quibus singulis, singulæ exceptiones speciales, & cum his concurrens generalis illa (*g*) doli mali. Earum, quæ postea existunt, duo item genera inferiora aut enim ex genere quodam liberationis postea sequutæ

(*n*) *d. l.* 11. §. 5. Neque enim amplius, quam semel res mea esse potest. *l.* 14. §. 2. *eod.* Diversum est, si quis rem tamquam suam jure directi dominii petiit, & victus eamdem iterum jure dominii utilis, puta emphyteuseos petat, quia hic ratio ista cessat. Vulgo tamen contra sentiunt; teste Zas. ad *l.* 7. §. 4. *n.* 16.

(*o*) *d. l.* 11. §. 2. *d. l.* 14. §. 2. Consultius igitur fuerit in rem acturo, causam certam exprimere.

(*p*) *d. l.* 11. §. 2. & §. 4. *l.* 25. *in pr.* & §. *ultim.* *l.* 9. *l.* 17. *l.* 18. *eod.* *l.* 3. *Cod. ad exhib.* ubi Sichard. *num.* 3.

(*q*) *l.* 3. *d. l.* 7. §. *pen.* *l.* 14. *in pr. eod.* exemp. in *l.* 1. *l.* 22. *eod.*

(*r*) *l.* *pen.* *de re jud.* *d. l.* 1. *hoc tit.* *tot. tit.* C. *res int. al. act.* & *jud. al. non noc.* quam regulam pluribus exposuimus *lib.* 4. *c.* 47.

(*s*) *l.* 9. §. *ult.* *l.* 28. *h. t.* *l.* 7. *de except.* Quamvis enim natura hæ personæ aliæ sunt, jure tamen pro iisdem habentur, ut nulla hic videri possit exceptio.

(*t*) Etiam hic defendi potest, nullam esse regulæ exceptionem, per ea, quæ tradimus *d. c.* 47. *lib.* 4.

(*u*) *l.* 25. *de stat. hom.* *l.* 1. §. *ult.* *l.* 2. *l.* 3. *in pr. de agn. lib.* vid. *sup.* *c.* 38.

(*x*) Secus est, si legatarius agens ex hac causa remotus sit; hoc enim ceteris, quibus quid eo testamento relictum est, non præjudicat. *l.* 1. *hoc tit.* vid. *d. cap.* 47. *lib.* 4.

(*y*) *l.* 8. §. *pen.* *de inoff. test.* *l.* 14. C. *de fideic.*

(*z*) *Auth. ex caus.* C. *de lib. præt. vel exh.*

(*a*) Hæc indicantur in *l.* 1. *l.* 2. §. *item quæritur*, *l.* 8. ff. *hoc tit. de dol. mal. exc.*

(*b*) §. 1. *Institut. de except.* *leg. dolo*, *Cod. de inut. stipul.*

(*c*) Vid. *cap.* 54. *lib.* 2. Non est tamen æque famosa, licet opinionem sugillet, & facti infligat infamiam. *l.* 4. §. *adversus*, 16. *hoc tit.*

(*d*) *l.* 2. §. & *generaliter*, *l.* 4. §. *penult.* *l.* 12. *eod.* *l.* 36. *de verb. obl.* Sive hæc exceptio concurrat cum alia exceptione speciali, sive in subsidium detur, ut quæ datur alteri ex pacto alterius, ubi pacti dari nequit. Vid. *cap.* 48. *sup.*

(*e*) *l.* 1. §. 1. *h. t.* Hoc est, quoties is, qui summo jure, seu subtilitate juris civilis adhuc actionem habet, hoc prætextu utitur, ut reo contra æquitatem naturalem extorqueat, quod non debet.

(*f*) De metu est specialis textus in *d. l.* 4. §. *pen.* de dolo supervacuum monere: de errore textus in *l.* 36. *de verb. obl.* de spe numerandæ pecuniæ in *l.* 3. C. *de non num. pec.*

(*g*) *d. l.* 2. §. & *generaliter*, *l.* 12. *eod.* Non tamen aliter, quam cum scit actor, adversarium aliqua exceptione tutum esse; secus si talis sit ignorantia in eo, ut dolo careat. *d.* §. *generaliter*, *in fin.* ut si hæres petat ignorans pactum defuncti. *l.* 177. §. 1. *de reg. jur.* ubi Pet. Fab.

quutæ nascuntur; aut ex mutuæ alicujus præstationis. Prioris generis species septem. Prima, simplex debiti remissio, sive (*h*) pacto remittatur, sive ultima (*i*) voluntate. Secunda, solutio, quæ ipso jure non liberans debitorem, valet ad exceptionem; ut si pupillo, aut minori solutum sit sine tutoris, aut curatoris auctoritate, iique locupletiores facti, iterum eamdem pecuniam (*k*) petant. Tertia, pecuniæ debitæ amissio, quam oblatam creditor sine justa causa accipere (*l*) recusavit. Quarta, impedimentum præstandi a natura, aut jure reo objectum in (*m*) obligatione faciendi; quid enim imputari potest ei, qui facere, etiamsi vellet, non potest? Quinta, causa stipulandi non sequuta, nec interest sequi adhuc possit, an ita finita sit, ut non (*n*) possit. Sexta, actio una ex pluribus quæ ejusdem rei nomine competebant (*o*), sublata. Septima, omnis exceptio specialis ad liberationem reo postea quæsita; ut pacti conventi, jurisjurandi, rei judicatæ (*p*).

Mutuæ præstationis denegatio eamdem defensionis æquitatem parit, cum actor ejusdem rei nomine vicissim quid præstare debet, nec præstat. Ea præstatio duplex: aut alterius rei; aut ejusdem. Alterius rei mutua præstatio denegata hanc exceptionem inducit in his quinque causis. Primo in mutuis contractibus, ut si, verbi causa, emptor rem venditam petat, nec offerat pretium, aut nomine evictionis agens præstare recuset, quod per occasionem emptionis (*q*) consequutus est. Secundo, in sumptibus in rem petitam factis, ne petitor locupletetur cum aliena (*r*) jactura. Tertio, in quarta falcidia rei individuæ legatæ nomine debita, cum legata dodrantem excedunt, & inter ceteras res legata est servitus; hic enim, si legatarius servitutem legatam vindicet non oblata quartæ partis æstimatione, placet eum doli mali exceptione (*s*) submoveri. Quarto, in liberatione puri debiti sub conditione legata, si hæres interim debitum petat, nec offerat satisdationem secundum formam (*t*) edicti. Quinto, in creditore, cui pignus datum est, si id parato solvere debitori non restituat, aut culpa ejus (*u*) perierit. Ipsius rei præstatio eamdem hanc exceptionem inducit in re aliena vendita, cum venditor domino, aut hic illi successit; aperte enim dolo facit, qui petit quod redditurus est (*x*).

His cognitis nullo negotio expediri potest quod præcipue quærimus, cui, qua de re, adversus quem hæc exceptio competat. Si quæritur, cui, in promptu hæc notio est. Competere ei, qui una aliqua ex superioribus causis defendatur; per consequentiam quoque successoribus omnibus, & (*y*) successionibus. Si qua de re; de ea, quæ dolo petitur. Si adversus quem, adversus omnem, qui quid petat ab eo, quem suprascripta aliqua æquitatis causa (*z*) tueatur; nisi quod liberi, & liberti a parente, aut patrono conventi utantur exceptione in factum, detracta doli (*a*) mentione. Illud singulare in hac exceptione, quod non detur adversus successores in rem ex causa onerosa, præterquam si accessione auctoris sui (*b*) utantur, ne delictum alienum eis noceat; quamquam in exceptione Quod metus causa aliud placuit propter atrocitatem delicti (*c*).

CA-

(*h*) *d. l.* 2. §. 4. etiam tacito, exempl. in *l.* 4. §. *quesitum*, 12. *eod.* aliud in §. 7. *ejusd. l.* sed & dissimulatio quandoque taciti pacti vim habet. *d. l.* 4. *in pr.*

(*i*) Si quid testator noluit hæredem suum petere, aut si debitori liberationem legavit. *d. l.* 4. §. *preterea*, 10. *l.* 8. *eod. l.* 3. §. 5. *de lib. leg.* tacitæ item remissionis hic exempla occurrunt in *d. l.* 4. §. 11. *l. ult.* §. 1. *eod.*

(*k*) *d. l.* 5. §. 4. §. *ult. Inst. quib. al. lic.* in quo inspici placet tempus litis contestatæ. *l.* 4. *de exc. l.* 47. *de solut.*

(*l*) *l.* 6. *h. t. l. qui decem*, 72. *de sol.* Speciei autem debitæ sine culpa debitoris interitus liberat ipso jure. *l.* 23. *de verb. obl.* vid. c. 64. *lib.* 2.

(*m*) *l.* 17. §. 3. *de usur. l.* 4. §. 2. *hoc tit.* declaratur hic locus in *l.* 2. §. 1. *& seqq. si quis caut. in jud. sist.*

(*n*) *l.* 2. §. 3. *circa fin. h. t.* exempl. in *d. l.* 4. §. 1 *eod.*

(*o*) *l. si is cui*, 71. *de furt. l. qui servum*, 34. §. 3. *de obl. & act.* de quo plenius c. 42. *supra.*

(*p*) *d. l.* 2. §. 4. *& seq. l.* 12. *hoc tit.*

(*q*) *l.* 13. §. *offerri*, *de act. empt. d. l.* 2. §. *ult. hoc t.* Dicitur vulgo exceptio pretii non soluti, & generalius implementi non sequuti. Non enim solum in venditione, sed in omnibus mutuis contractibus locum habet. Sed & mercis non traditæ exceptio est emptori agente venditore. *l.* 5. §. 4. *hoc tit.* vid. Gail. 2. *obs.* 17. Ant. Fab. C. *suo*, *tit. de exc. defin.* 43.

(*r*) *d. l.* 4. §. *si minor*, *d. l.* 5. §. 2. *l.* 10. *l.* 14. *h. tit.* vid. *sup.* c. 37.

(*s*) *d. l.* 5. §. 1. Si vero res legata divisionem recipit, ipso jure pars quarta pertinet ad hæredem, quam & suo jure vindicare potest. *l.* 26. *ad l. Falc.*

(*t*) *d. l.* 5. *in pr.* Edictum intellige, ut legatorum, seu fideicommiss. servand. causs. caveatur.

(*u*) De hac specie scriptum est in *l.* 4. §. *item quæritur*, 8. *h. t.*

(*x*) *d. l.* 4. §. *si a Titio*, 32. *l.* 17. *de evict. l.* 14. *C. de rei vind.* per *l.* 173. §. *ult. l.* 77. *de reg. jur.* Vid. *cap.* 35. *hujus lib.*

(*y*) Quia rei cohæret. *l.* 7. *de except.* facit *l.* 15. *in pr. de fidei.* junct. *l.* 2. §. 3. *h. tit.*

(*z*) Nec quisquam in malitiosa petitione ætate, morbo, imperitia, aliove ullo colore defenditur, non pupillus, non furiosus. *d. l.* 4. §. *illa etiam*, 23. *leg.* 16. *eod.* quippe cum in re dolus sit, qui si ab initio abfuit, nunc esse incipit, dum hoc agitur; ut propter malitiæ ignorantiam bis idem consequantur. *d. l.* 4. §. *de dolo*, 26.

(*a*) *d. l.* 4. §. *adversus*, 16. ubi ratio; ubi Zas. n. 4. hoc ad alios etiam porrigit.

(*b*) *d. l.* 4. §. 27. *& seqq.* Si tamen vili pretio rem magni valoris emerint, aliud dicendum censet Azo in *summa C. de dol.* n. 4. §. *auctoris*, 31. n. 9. quia prope est, ut hæc causa sit lucrativa.

(*c*) Et metus causa exceptio in rem scripta est; si in ea re nihil metus causa factum est. *d. l.* 4. §. *pen.*

CAPUT LI.

De recto usu exercendæ exceptionis peremptoriæ.

UBi quis exceptionem peremptoriam jure sibi constitutam habebit, ei deinceps dispiciendum est, quomodo ea ad defensionem suam recte utatur. In hoc usu tria spectanda: numerus exceptionum objiciendarum; tempus objiciendi; formula, & conceptio. De numero hoc quæsitum; liceat ne pluribus exceptionibus ejusdem rei nomine simul uti. Movet: exemplum plurium actionum de eadem re concurrentium, quarum constat una tantum eodem tempore experiri licere. Sed quod actori non licet, id placuit licere ei, unde petitur, ut is pluribus exceptionibus, quamvis (*d*) diversis, eodem tempore uti (*e*) possit. Differentiæ ratio non illa est, quod favorabiliores rei sint, quam actores. Quid enim si iniquum sit, pluribus exceptionibus (*f*) uti? Verum hæc ratio est, quod agere actori liberum est, defendere reo non (*g*) item. Non est iniquum in actore lacessendi libertatem uno genere armorum circumscribere; reo vero, cui non semper defendendi sui facultas, omnia ad defendendum arma suppeditare humanum est.

Tempus objiciendæ exceptionis peremptoriæ aliud in bonæ fidei judiciis, aliud in judiciis stricti juris. In judiciis bonæ fidei necesse non est exceptionem mutuo contestari, sed satis est eam quandoque ante rem judicatam objici, qua deinde probata, Judicis est reum absolvere. Non est huic sententiæ contrarium, quod dicitur, ultra id, quod in judicium deductum excedere potestatem Judicis non posse: nam in bonæ fidei judiciis exceptiones vi ipsa, & potestate judicii in judicium deduci intelliguntur, cum in his jubeatur Judex judicare ex æquo, & bono; idque veteres significant, cum ajunt, exceptiones inesse bonæ fidei judiciis, his contineri, etsi non excipiatur, satis tamen per officium Judicis (*h*) consuli. In strictis vero judiciis exceptionem initio litis nominatim contestari necesse est, & vel a reo agnoscente intentionem actoris statim probari, vel a dubitante tantisper omissam, donec actor intentionem suam probavit, antequam sententia (*i*) feratur. Ceterum non contestatam postea objicere nego pro arbitrio (*k*) licere; cujus ego rei argumenta hæc habeo. Certum est, ultra id, quod in judicium deductum est, Judicis potestatem non excedere; atqui in strictis judiciis nihil in judicium deductum intelligi potest, de quo lis non aperte contestata sit. Nam sive veterum judiciorum rationem considerare volumus, palam est exceptiones in jure apud Prætorem proponi debuisse, qui deinde formula eas includebat; sive (*l*) mutatam postea judiciorum formam, constat, eamdem Judicis potestatem mansisse, liberam in bonæ fidei judiciis, in contrariis astrictam iis rebus, quæ nominatim in judicium deductæ sunt, ut in his nihilominus necesse sit exceptionem initio contestari; atque ita non semel rescriptum (*m*) est. Ceterum duæ omnino sunt exceptiones hujus generis ex ceterarum numero eximendæ: Senatusconsulti Macedoniani, & Vellejani; quas non solum necesse non est initio contestari, ut deinde probata actoris intentione ante sententiam, & ipsæ probentur, sed quibus etiam omnino non oppositis uti liceat in (*n*) exequutione rei judicatæ. Id quod mirum videri non debet placuisse in iis exceptionibus, quæ publicæ utilitatis.

(*d*) Dummodo ne sint incompatibiles, & sese invicem destruant. Covar. 1. *var. resolut*. 2. *n*. 2. Zas. *in l*. 8. *h. t. de except. n*. 4. add. Bachov. in *Treutl. vol*. 2. *disp*. 26. *thes*. 8. *lit. A*.

(*e*) *l*. 5. *l*. 8. *de exc. l*. 43. *de reg. jur*. Hoc effectu, ut si in una probanda defecerit, ad aliam recurrere non prohibeatur. DD. comm. in *d. l*. 8. Zas. *ibid*. & Covarr *d. loc*. Usu autem forensi omnes simul, & conjunctim proponendæ, exceptis declinatoria, litis pendentiæ, & litis finitæ, quæ solæ, & per se proponi possunt. Merul. *lib*. 4. *dist*. 4. *sect*. 3. *tit*. 4. *c*. 1. add. Mynsf. 3. *obs*. 89.

(*f*) Neque enim adversario injuria fieri debet; quod legis est impedire.

(*g*) Vide Zas. in *d. l*. 8. *n*. 4. adde Dynum in *c. nullus pluribus, de reg. jur. in* 6.

(*h*) *l*. 3. *de resc. vend. l. hujusmodi*, 84. §. *qui servum, de leg*. 1. *l. plane*, 38. *l. ult. de her. pet*. Don. ad *l*. 8. Cod. *de exc. n*. 10.

(*i*) Textus clari in *l*. 9. C. *de præsc. long. temp. d. l*. 8. & *l*. 9. C. *de except*. consentit Duar. ad *tit*. C. *de prob. cap*. 4. Schneid. *Inst. de exc. num*. 9. Damhoud. *prax. civ. cap*. 120. *n*. 4. & 5. Post rem autem judicatam objici non potest ad inhibendam exequutionem. *l*. 2. C. *sentent. resc. cap. inter Monaster. ext. de re jud*. Zas. in *l*. 2. *de except. n*. 16. nisi certis casibus, ut paulo post.

(*k*) Contraria tamen sententia plurium suffragiis probata est per *d. l*. 2. C. *sent. resc*. sed enim omissas ibid. ex *d. l*. 8. & 9. C. *de exc*. accipere debemus, non quarum nulla mentio initio facta, sed quæ contestatæ, postea omissæ, dilatæ sunt ad probationem, & disceptationem. Don. *d. loc. n*. 7. Bachov. in *Treutl. vol*. 2. *disp*. 26. *thes*. 5. *lit. c*.

(*l*) A Diocletiano, & Maximiano, qui primi constituerunt, ut ipsi Magistratus cognoscerent, & judicarent, sublata Judicis dandi licentia. *l*. 2. *Cod. de pedan. jud*. Atque ex eo tempore simplex exceptionis in exordio litis contestatio eam vim habere cœpit, quam ante habebat exceptio formulæ inclusa. Vide pulchre differentem Bach. *dict. loc*.

(*m*) *d. l*. 9. C. *de præscr. long. temp. d. l*. 8. & *l*. 9. Cod. *de exc*. Quæ omnes sunt dd. Principum.

(*c*) *l*. 11. *de S. C. Mac*. Ceterum DD. nostri etiam plures exceptiones exequutionem impedire tradunt, & regulariter, quæ post sententiam, sed non contra sententiam opponuntur. *l*. 1. *Cod. de re jud*. Peremptorias certis casibus, quos refert gloss. in *l*. 1. & 6. *de jur. & fact. ign*. Bart. *ibid*. vide plura apud Gail. 1. *obser*. 113. *num*. 5. & *seqq*. Zas. in *l*. 2. *de exc. n*. 16. Marant. *p*. 2. *memb*. 9. *n*. 8. Trentacinq. 2. *pract. resol. tit. de except. resol*. 1.

tatis causa maxime introductæ sunt, cum ob hanc eamdem causam ne aperte quidem his liceat renunciare (o).

De formula, & conceptione exceptionis post formulas, & impetrationes actionum sublatas non est magnopere laborandum. Satis est ad defensionem rei id factum, contempta verborum anxietate, narrare unde jus excipiendi oritur. Quod si quis antiquitatis studiosior veterum in concipiendis, & designandis exceptionibus usum cognoscere desideret, extant rescripta doctissimorum hominum, qui hæc ex professo tractarunt, unde omnem harum rerum cognitionem haurire licet (p).

CAPUT LII.

De temporalibus, & dilatoriis exceptionibus, earumque recto usu.

Temporales, & dilatoriæ exceptiones sunt, quæ ad tempus nocent, & in id tempus actionem (q) differunt. De his itidem quatuor illa quærenda: quæ sint; quam vim habeant; quibus, & adversus quos competant; quis earum exercendarum usus. Et hæc quoque pro genere exceptionis variantur. Genera exceptionum dilatoriarum duo: aut enim ex facto, & opera rei nascuntur; aut competunt ipso jure. Facto rei quæruntur duæ: quas ab effectu licebit appellare solutionis dilatorias: exceptio pacti (r) temporalis, cum ita convenit, ne intra certum tempus peteretur; item præscriptio moratoria a Principe (ſ) impetrata. Solent enim Principes humanitatis causa (t) dilationem alicujus temporis indulgere debitoribus, qui fortunæ injuria facultatibus exuti, aut magnum aliquod damnum rei familiaris (u) passi, spatium aliquod ad (x) solvendum petunt, quo se interim tueantur adversus creditores, ne in carcerem ire, aut bonis suis cedere (y) cogantur. Quæ ipso jure competunt, eæ comparatæ sunt, aut adversus perversum judiciorum ordinem, aut adversus inhumanam solidi petitionem. Ut ordo judicii pervertatur, aut in personis ad judicium pertinentibus accidit; aut in genere actionis; aut in ordine, vel tempore actionis instituendæ. In personis, cum aut is agit, vel defensionem alieno nomine suscipit, quem non oportet; aut cum apud eum Judicem agitur, cujus de ea re, de qua agitur, jurisdictio non est; in illo genere præcipue celebrantur exceptiones, quæ dicuntur (z) procuratoriæ; hujus generis sunt (a) præscriptiones fori; utræque non male vulgo dicuntur judicii declinatoriæ. Ex genere actionis invertitur ordo judicii, veluti si quis, cum leviori actione confligere possit, aut debeat, judicio agat (b) famoso. Ex ordine exercendæ actionis, cum actione, qua agitur, præjudicium fit (c) rei majori; ex tempore, si agatur, quo tempore a foro, & judiciis vacatio est; de quo fusius postea in ordine judiciorum. Adversus solidi petitionem exceptiones dilatoriæ proditæ sunt iis personis, quibus ob pietatem, aut commiserationem tributum est, ut in id solum, quod facere possunt, conveniantur; quæ tamdiu rem differunt, quoad is, cui hoc tributum est, facultatibus auctus facere posse (d) cœperit. De hoc item genere beneficii dicetur alibi opportunius.

Vis harum exceptionum, unde & nomen acceperunt, hæc est, ut ad tempus tantum noceant,

---

(o) De vi, & effectu utriusque hujus exceptionis dictum est *lib. 2. c. 11. & du. seqq.*

(p) Consule Cujac. 5. *obs.* 34. Pet. Fab. ad *l. cum part.* 154. *de reg. jur.* Duar. ad *l.* 7. §. 2. *de pact.* Brisson. *lib.* 5. *de formul.*

(q) Et quia rem differunt, dilatoriæ; quia ad tempus id faciunt, temporales appellatæ sunt. §. *temporales, Inst. de exc. l.* 3. *ff. eod.*

(r) d. §. *temporales.* Vulgo & exceptionem dilatoriam statuunt, quæ obligationi in diem, vel conditionem objicitur, si ante diem, vel conditionem petatur. Sed verius est utroque casu agentem ipso jure repelli. Don. in *l.* 41. § 1. *de verb. obl. n.* 42.

(ſ) *l.* 2. *l.* 4. *C. de prec. imp. off. l. in fraudem*, 45. §. *in fiscalibus, de jur. fisc.* Vulgo appellant literas salvi conductus, gratiæ, securitatis; nostrates *brieven van atterminatie of respiit*, item *quinquellemnen;* quia fere quinquennales induciæ frequentantur. Enimvero non est ad quinquennium hic coangustanda potestas Principis; sed non solent Principes id tempus facile excedere, ac nec sine gravi causa tantum indulgere. Trentacinq. 3. *pract. resol. tit. de solut. res.* 1. *n.* 2. Thesaur. *decis.* 186. *n.* 5.

(t) Quantam res, & fortunæ cujusque postulare videtur; non aliter tamen, quam si idonea cautio præstetur. *l.* 4. *C. de prec. imp. off.* vid. Gail. 2. *observ.* 46. *num.* 14. Afflict. *decis.* 378. *n.* 1. ubi in *addit.* Urs. *n.* 3.

(u) Non enim decoctoribus, qui bona sua abligurierunt, sed qui fortunæ injuria illis exuti, ita subvenitur causaque gravioris jacturæ, & calamitatis fatalis in precibus explicanda. Ant. Fab. C. *suo*, *lib.* 1. *tit.* 9. *def.* 20. *n.* 20. Pet. Matth. in *not. ad Guid. Pap. q.* 109.

(x) Ut interim conficere possint, unde solvant; nec repelluntur æquitate edicti Quod quisque juris &c. dum a suis debitoribus exigunt. Ant. Fab. *d. tit.* 9. *def.* 19. Rebuff. *de lit. dilat. art.* 1. *gloss.* 1. *n.* 9.

(y) Differtur quoque exactio usurarum; quamquam cursus earum non sistitur; ut recte Ant. Fab. *d. loc. defin.* 8. Plura qui desiderat, adeat Ant. Fab. *d. tit.* 9. Trentacinq. 3. *pr. res. tit. de solut.* 1. & 2. Sard. *decis.* 300. & 307. & 322. Afflict. *decis.* 377. & *du. seqq.* Boer. *dec.* 96.

(z) Quarum frequens mentio, & accensentur dilatoriis. *l.* 2. *in fin. l.* 3. *ff.* §. *ult. Instr. eod.*

(a) Sic appellantur in *l. ult. C. de except. l. pen. Cod. de pact.* & vulgo duplices faciunt: incompetentiæ, & recusationis. Vult. in *l.* 4. *Cod. de jurisd.* Merul. *lib.* 4. *sect.* 3. *tit.* 4. *c.* 2. 3. & 4. Nos de his diximus in jurisdictione, & notione omnium Judicum.

(b) Quod edictum vetat. *l.* 1. *de dol.* & speciali ratione in *l.* 11. *eod. tit.*

(c) *Tit. Cod. de ord. jud.* Plures recenset Hilliger in *not. ad Don. lib.* 22. *cap.* 9. *litt. s.*

(d) Temporales igitur sunt, non perpetuæ; & argumento est, quod qui cujusmodi exceptionem habet, solutum per errorem condicere non potest. *l.* 8. & *seq. de cond. ind.* Bronch. 2. *misc.* 52.

ceant, ejusque temporis definitionem præbeant. Quamdiu autem singulæ competant, & quando nocere desinant, generibus cognitis, per se satis intelligitur. Unum illud singulare in exceptione pacti temporalis, quod actor ante tempus pactionis, aut obligationis litem inferens pœnam hanc sufferat, ut cogatur reliquas inducias reo conduplicare, iisque finitis, non ante audiatur, quam sumptus omnes prioris litis (*e*) refuderit.

Quibus, & adversus quos competant, una præceptione definiri non potest. Exceptio pacti conventi temporalis, uti causæ, non personæ cohæret, ita non solum paciscenti reo competit, sed etiam successoribus, & fidejussoribus, omnibusque principalis obligationis accessionibus intra sua tempora. Rursus, quemadmodum competit adversus creditorem, qui pactus est, ita & adversus omnem ejus successorem intra constitutum tempus ea uti (*f*) licebit. Moratoria præscriptio, ut cetera beneficia Principis personalia, personam debitoris non (*g*) egreditur. Datur tamen non solum adversus creditorem, sed etiam adversus omnes, qui vicem ejus (*h*) sustinent. Quæ ex perversa actionis institutione nascuntur, aliis competere non possunt, quam adversus quos perperam agitur, nec contra alios, quam qui perperam agunt: Denique per se satis manifestum est, quibus, & adversus quos competant, quæ solidi petitioni objiciuntur.

Usus exercendæ exceptionis dilatoriæ jure civili hic fuit, ut cujuscumque generis ea esset, si paucas dempseris inter exordia litis, hoc est, simul atque lis cœpta esset, sive ante litem contestatam (*i*) opponi, disceptari, ac decidi debuerit, ut si de ea controversia esset, statim a reo esset (*k*) probanda. Plane si quæ post litem contestatam denuo nata sit, veluti si quæ novæ causæ postea emerserint, ob quas Judicem tamquam suspectum recusare liceat, non est ambigendum, quin hujusmodi exceptio post cœptum judicium objici (*l*) possit. Idem juris esse Interpretes nostri volunt, si exceptio gravamen successivum, ut loquuntur (*m*), habeat; item si reus exceptionem sibi competere in facto errans (*n*) ignoraverit. Illud certum est, exceptiones dilatorias, quæ adversus inhumanam solidi petitionem comparatæ sunt, non solum post litem contestatam ante sententiam objici posse, sed etiam post rem judicatam in ipsa (*o*) executione. Tantumdem dicere ausim, si exceptio judicium retro reddat nullum, qualis est exceptio falsi procuratoris (*p*).

CAPUT LIII.

De replicationibus.

Atque hæc quidem vis est exceptionis, sive ad perimendam, sive ad differendam actionem, si generalem hujus juris definitionem spectamus. Ceterum habet hæc regula etiam suam exceptionem, cujus hic tempestiva mentio introducitur. Ea hæc est, nisi exceptio, quæ prima fronte justa videtur, re ipsa inique noceat: Finge, creditorem, cui decem mutua debebantur, pactum esse cum debitore, ne ab eo peteret; postea cum quæreretur creditor, nullam fuisse causam debiti remittendi, obtinuisse, ut nova conventio interponeretur, qua placeret, rursum ei petere licere. Hic si creditor agat, & excipiat debitor, obstabit agenti exceptio; nam quamvis prius pactum per posterius non tollitur ipso jure, sicut stipulatio tollitur per (*q*) stipulationem; tamen quia iniquum est, creditorem exclu-

---

(*e*) Ea constitutione Zenonis; nam olim actor ante tempus agens causa cadebat; quæ pœna erat plus petitionis. §. *si quis agens*, *Inst. de act.* §. *pen. Inst. de except.* Adeat, qui volet, Cujac. 7. *obs.* 27. & 12. 1. Ravard. 3. *var.* 14. Hotom. 8. *obs.* 3.

(*f*) Vid. *sup. c.* 47. & *seq.* Sicut autem pactum majoris partis creditorum certam partem debiti remittentium aliis nocet, ut *sup. c.* 48. *lit.* P. ita & induciæ indulgentiam. *l. ult. C. qui bon. ced.*

(*g*) *l.* 1. *de const. princ.* Nec igitur hæredibus dabitur, sed nec fidejussoribus ex comm. DD. sententia, paucis exceptis casibus. Consule Ant. Fab. *d. tit.* 9. *def.* 14. Trentacinq. 3. *pract. res. de solut res.* 1. n. 25. Menoch. *arb. ca.* 209. *num.* 26. & Bart. Bald. Cyn. Salic. quos citant.

(*h*) Siquidem hæc Principis voluntas est, ut adversus omnes tuti sint.

(*i*) *l. pen.* & *ult. C. de exc.* Et consentiunt omnes quo ad dilatorias judicii, quibus judicio accepto renunciatum videtur; dissentiunt quo ad dilatorias rei, & causæ, per *l.* 19. *C. de prob.* sed refelluntur ipsis *l.* verbis; opponi oportet.

(*k*) *d. l. pen.* & *ult.* Alioqui quomodo dicatur actionis dilatoria, si non differtur actio, sed constituitur? mendosum igitur esse existimo locum *d. st. l.* 19. *C. de prob.* & pro dilatoriam legendum esse peremptoriam cum Dor in *l.* 9. *Cod. de exc. num.* 9. Ceterum DD. hæc restringunt, ut *lit. præced.* ad eas, quæ processum differunt dumtaxat; & *dist. l.* 19. intelligunt de dilatoria solutionis. Sich. ad *d. l.* 19. *n.* 5. & *seqq.* Menoch. *arb. c.* 204. *n.* 1. Azo in *summa C. de exc. n.* 6. Marant *p.* 6. *memb.* 9. *num.* 7. & 8.

(*l*) *c.* 25. *de off. deleg.* Sich. ad *l.* 13. *C. de proc.* n. 5. Sed in privilegio fori superveniente hoc locum non habet. *supra cap.* 11.

(*m*) Cujusmodi est exceptio loci non tuti, vel suspecti. Mynf. 2. *obs.* 74. Gail. 1. *obs.* 52. n. 3. Sich. ad *d. tit. l.* 13. *num.* 6.

(*n*) *c.* 4. *ext. de exc.* Covar. *pr. q.* 26. *num.* 2. ita usu servari asserens, si & justa sit facti ignorantia, & ante conclusionem causæ opponatur.

(*o*) *l.* 15. *l.* 17. §. *ult. solut. matr. l. Nesennius.* §. *ult. de re jud.* Rationem reddunt, quia non impugnat sententiam, sed moderatur vires judicati. Marant. *p.* 1. *memb.* 9. *num.* 18.

(*p*) *l.* 24. *C. de proc.* Si modo hæc vera exceptio. Plures etiam hujus generis fortasse apud DD. reperias.

(*q*) Hoc ideo, quia in stipulationibus jus continetur, in pactis factum versatur. *l.* 27. §. 2. *de pact.* ubi Cujac. & Ant. Fab.

excludi alia (r) defensione adjuvatur, quæ exceptioni opposita eam elidat; & nostris replicatio dicitur; propterea quod per eam replicatur, & resolvitur jus (s) exceptionis. Quod si replicatio & ipsa iniqua sit, contra eam datur reo duplicatio, & rursus contra duplicationem actori triplicatio; & sic deinceps nomina multiplicantur, quoties vel actor, vel reus (t) objicit; allegationemque ultro, citroque exponendarum modus est infinitus. Quamquam apud nos cautum, ne ultra duplicationem procedatur, nisi id a Judice ex gravi causa impetratum (u) fuerit. Porro posterior quæque defensio nihil aliud, quam exceptio ex iisdem causis nata, ex quibus nasci diximus eas, quæ reo primum (x) competunt, & proprie exceptiones vocantur. Cui jam & hoc consequens, ut iisdem, & adversus eosdem inferiores omnes defensiones dentur, quibus, & adversus quos competunt priores. Tantum duæ sunt exceptiones, adversus quas doli replicatio non datur; exceptio jurisjurandi, & doli mali. Si debitor, creditore deferente, juraverit nihil se dare oportere; jusjurandum prætextu perjurii non retractatur, sed omnino servandum est; non propter religionem magis, quam propter conventionem, quia (y) transactum videtur. Duo tantummodo (z) casus excipiuntur: unus est, si ea lege delatum sit, ut liceret de perjurio quæri; alter si hærede ferente legatarius juraverit legatum sibi deberi, & prolato postea testamento constituerit nihil relictum esse. Idem placuit, si adversus exceptionem doli objiciatur mutui doli replicatio, iniquum enim visum est, communem malitiam petitori præmio esse, ei, unde petitur, pœnæ; cum longe æquius sit, ex eo, quod perfide gestum est, actorem nihil consequi †.

(r) *Inst. de repl. in pr.* Quæ contraria quædam exceptio est, & quasi exceptionis exceptio: *l. 22. de exc.*

(s) *d. pr. l. 2. §. 1. & 2. de exc.* Rhetores firmamentum appellant; nam definitore Cic. in *part. firmamentum est, quod ad labefactandam rationem* (ea nostris est exceptio) *refertur.*

(t) §. 1. 2. & 3. *Inst. hoc tit. de repl. l. 2. §. 3. ff. de exc.*

(u) *Ampliat. Instr. art. 22.* Merul. *lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 10. c. 1.* Vide & *Ord. Cam. Imp. par. 3. tit. 26.* Concessa autem actori triplicatione, reo simul concessa esse intelligitur quadruplicatio, & sic deinceps.

(x) Exempli causa, ex pacto, re judicata, dolo. Hinc actori replicatio pacti. *l. 27. §. 2. de pact.* rei judicatæ. *l. 24. de except. rei jud.* doli mali. *l. 3. §. si a Titio, 32. de except. dol. mal.*

(y) *l. 15. de exc.* junct. *l. 21. de dolo. l. 5. in pr. & §. 2. de jurejur.* Vid. *c. lib. 4.*

(z) Quorum unus est in *l. 1. Cod. de jurejur. & vel. cred.* alter in *l. ult. Cod. eod. tit.*

† *l. 4. § Marcellus, 13.* ubi Zas. *de dol. mal. exc. leg. cum par delictum, 154. de reg. jur.* ubi Pet. Fab. exemp. in *l. domum, 57. de cont. empt.* aliud in *l. 9. de dol. mal. except.*



JURISPRUDENTIÆ CONTRACTÆ,

SIVE

PARTITIONUM JURIS CIVILIS

Liber Quartus.

De exercitione, seu de forma, & ordine judiciorum.

CAPUT PRIMUM.

De in jus vocatione.

HUcusque cælo sereno quasi ludibundi velis in altum elatis navigavimus. Nunc procellosi judiciorum anfractus subeundi, quos tutius superabimus velo contractiore. Igitur ex quatuor illis partibus, in quas judicium civile ab initio dispertivimus, expositæ sunt superiore volumine duæ: personæ, quibus judicium constituitur; & res, quæ in judicium deducuntur; quarum in illa causam efficientem agnoscere licuit, in hac omnigenam judicii materiam. Occurrit nunc judicii forma, & ordo, pars judicii tertia, quam visum est propter ubertatem volumine separato, eoque postremo tractare. Judicium, aut primum est, aut secundum, seu appellationis. Primi cujusque judicii, quatenus totius actionis judiciariæ seriem spectamus, partes sunt quatuor, quarum ordinem, & progressum natura ipsa (*a*) ostendit. Prima est in jus vocatio; secunda litis contestatio; tertia causæ disceptatio, & cognitio; postrema sententia Judicis, seu res judicata. Primum in actione judiciaria locum attribuimus in jus vocationi, ab ea enim omnium actionum instituendarum principium (*b*) proficiscitur, sed & partem judicii eam facimus. Non recte in quis, cum judicium non ante dicatur cœptum, quam cum lis est contestata; immo vero recte inquam, quomodocumque vocem judicii accipiamus. Nam si latius accipimus pro toto litis (*c*) tractu, utique tam proprie, & vere judicii pars est in jus vocatio, quam tria reliqua. Sin pressius, ut ea tantum contineat, quæ olim apud Judices pedaneos (*d*) expediebantur, dici quidem potest (*e*) proprie partem non esse; sed tamen quid vetat partem judicii vocare id principium, quod judicium ita antecedit, ut sine eo ad id non perveniatur? Nam & vestibulum partem ædium dicimus, & actionis cujusque principium partem recte appellamus (*f*). Sed de verbo non est, quod magnopere solliciti simus, dummodo intelligamus actionis omnis judiciariæ initium ab in jus vocatione proficisci.

Igitur de in jus vocatione, ut & de omni alia re, triplex quæstio est: an sit; quid sit; qualis sit. Cum quæritur, an sit, hoc quæri intelligimus, an ad actionis, aut judicii institutionem semper sit necessaria. De quo sic habe: In jus vocationem rem esse, quam necesse sit adhiberi in omni judicio, omninoque, & ante omnia adversarium in jus vocandum esse, eo non vocato, nihil † cognosci, nihil statui

(*a*) Et eleganter expresserunt Imp. in *l.* 1. C. *de exec. rei jud.* Quantum autem discrepet vetus ordo judiciorum ab eo, quo nunc utimur, summatim docet Vult. 2. *jurisp. Rom. cap.* 16. *& seq.* Nos in singulis partibus suo quæque loco indicabimus.

(*b*) §. *ult. Inst. de pœn. tem. lit.* Etsi vero libellus, quo decerni petitur in jus vocatio, prius offerendus, non est tamen actus judiciarius. *l* 15. *hoc tit. de in jus voc.* Pet. Greg. 48. *synt.* 2. *n.* 1.

(*c*) Ab in jus vocatione usque ad exequutionem; quæ processus judiciarii pars ultima. VVes. ad *rubr.* C. *de jud. n.* 19. Cagnol. ad *rubr.* C. *de edend. n.* 21. & 24. Quamquam nos, qui exequutionem ab ordine, quo ad eam pervenitur, initio secrevimus, eam ut partem hic non consideramus.

(*d*) Nempe pro progressu judicii a lite contestata usque ad sententiam, qui instantia dici solet. Marant. *specul. aur. p.* 5. *n.* 2. VVesemb. *d. n.* 19.

(*e*) Per *l.* un. C. *de lit. contest.* *l. amplius*, *rem rat. hab.* & notavi *c.* 2. *lib.* 3. *lit.* L.

(*f*) *d.* §. *ult. Inst. de pœn. tem. lit.* Unde etiam qui partem judicii negant, eam vocant principium, basin, & fundamentum processus. Gail. 1. *obs.* 48. *n.* 1. & *obs.* 74. *n.* 1. sed vide totam.

† Notio, & discussio causæ sunt corpus, & substantia judicii, nec ullus potentior judicii defectus. Vestr. 3. *pract. Rom. c.* 2. *n.* 7. & Gravat. ad Vestr. *ibid. lit.* D. Vera autem notio, & discussio causæ haberi nequit parte non præsente.

statui posse, pro infecto esse, si contra (*g*) factum sit. Non habet res disceptationem in absente, & invito. At quid si non vocatus sponte venerit, aut inventus in jure, ibique apud Magistratum conventus, ultro responderit? Hic dicendum est judicium consistere, quamvis nulla præcesserit vocatio; unumquemque enim juri pro se introducto recte (*h*) renunciare. Sed etsi inventus in jure judicium accipere recuset, hoc obtentu, quod dicat se vocatum non esse, vulgo placet non esse (*i*) audiendum, & recte; huc enim ipsa spectat vocatio, ut in jus veniat, & præsens secum agendi potestatem faciat. Sane induciæ deliberatoriæ petenti non sunt denegandæ (*k*).

Vocare autem in jus, (*l*) est vocare ad eum, qui jus dicturus (*m*) sit, juris experiundi (*n*) causa; proinde ad Judicem datum, seu (*o*) pedaneum, qui vocatus erit, impune non parebit. Ac proprie quidem in jus vocari adversarius intelligitur, cui (*p*) præsenti denunciatur, ut judicio adsit. Quod si aberit, domum ejus denunciare (*q*) jubemur. Si ne sic quidem veniat, aut certum domicilium non habeat, interpellandi propinqui, & amici, iique omnes, quos probabile est defensioni absentis non (*r*) defuturos. Quod si & hi defensionem ejus suscipere recusabunt, procedetur adversus absentem ea via, qua contra indefensos agi solet.

Vocationem porro talem quærimus, qualem jus (*s*) præscribit, vim, & effectum postea consideraturi. Hic quædam in ipsa vocatione consideranda, quædam extra eam. In vocatione ipsa hæc tria: ritus vocationis; persona vocati; dies, quo vocatus se sistere debeat. Ritus olim nullus fuit, sed licebat privato cuique propria (*t*) auctoritate adversarium in jus vocare, latitantem etiam, aut tergiversantem, testibus adhibitis, ducere, trahere (*u*), rapere. Hoc autem cum forte, nec tutum, nec humanum videretur, placuit postea (certe hic mos inolevit) ut ex auctoritate Magistratus per apparitores, viatoresve vocatio perageretur. In persona vocati cautum est, ut ne annui Magistratus, neu ii, qui necessario aliquo officio distinentur, pro tempore in totum (*x*) vocentur, neve parentes, patronosve vocare liceat, nisi venia a Magistratu ante (*y*) impetrata. Dies antiquitus communi litigatorum consensu constituebatur; moris enim erat, ut qui litem vellet intendere, adversario denunciaret, ut in jus veniret; si nollet, vel cogeret eum, vel sponsorem acciperet fore, ut constituto die se judicio sisteret; quæ res vadatio dicebatur, & ante litem contestatam fiebat. Constituto deinde a Prætore judicio, diem committendi judicii condicebant, idest, invicem denunciabant quo die judicio (*z*) ageretur. Quod si de die inter litigatores non convenissent, sic dicebat actor, ut moderatum spatium Judex statueret. Hodie autem

---

(*g*) Deficiente scilicet una ex personis, quæ ad constitutionem judicii necessario requiruntur. Nec Judex contra jus naturale, & divinum reum privare debet defensione, quæ naturalis est. *Clem. pastoralis, de re jud.* Pet. Greg. 48. *synt.* 2. *num.* 28. Damhoud. *prax. civ. c.* 54. *n.* 3. Gail. *de pac. pub.* 5. *n.* 5. Merul. *lib.* 4. *dist.* 4. *sect.* 1. *tit.* 4. *c.* 1.

(*h*) *l. pen. C. de pact.* Et ita in toto jure observatur, ut quæ desiderantur non propter se, sed propter finem aliquem alium, non requirantur tunc, cum finem hunc consequuti sumus. Doiss. ad *hunc tit. C. n.* 3.

(*i*) Atque ita sæpius in Cam. Imp. observari se vidisse testatur Gail. 1. *observ.* 48. *num.* 4. & comm. asserit Myns. 6. *observ.* 6. *num.* 8. Quid si ad aliam causam citato alia lis intentetur? tenebitur ne & hic litem suscipere absque prævia citatione? affirmat Gail. 1. *obs.* 51. *num.* 7. contrarium tamen in Curiis servari tradit Myns. *d. loc. n.* 9.

(*k*) Nam cum duo sint fines citationis, unus ut reus veniat, alter ut interim ad defensionem se præparet. Maraut. hoc tit. num. 13. non debet præsentia rei hoc posterius ei adimere.

(*l*) In jus vocatio vulgo nunc citatio appellatur, sed ea vox latior est, ususque citationis esse potest in quovis actu judicii. Merul. *lib.* 4. *dist.* 4. *sect.* 1. *tit.* 4. *cap.* 3. An autem tunc æque necessaria, vid. Gail. 1. *observ.* 48. *n.* 1. & 2. Myns. 2. *ob.* 91. & 6. *obs.* 6.

(*m*) §. *ult. Inst. de pœn. tem. lit.* Hoc est, cujus de ea re jurisdictio est vel propria, vel mandata.

(*n*) *l. hoc tit.* Idest, ut apud eum, cui id facere jus est, jure judicio agat de ea re, quam in judicium vocat.

(*o*) Qui nudam notionem habet duntaxat. *l.* 3. §. 1. *hoc tit.*

(*p*) Ad faciem fieri hanc citationem DD. dicunt ex *l.* 13. §. 1. *de excus. tut.* & necessariam esse tradunt, quando ejus, qui citandus est, copia haberi potest: per *l.* 1. §. 1. *de lib. agn.* Sed ubi semel quis comparuit, *Auth. qui semel, Cod. quomod. & quand. Judex.* aut in faciem semel citatus est, posse deinde domi citationem fieri tradit post alios Pet. Greg. 48. *syntagm.* 2. *num.* 17.

(*q*) *l.* 4. §. 5. *de damn. inf. dict. l.* 13. §. 1. *de excus. tut. l.* 5. § 2. *quod vi, aut clam.* Et hæc citatio, ut plerique volunt, nonnisi in subsidium prioris admittitur. Quid si citandus plures ædes habitet? vid. Damhoud *prax. civ. cap.* 59. *numer.* 2. Pet. Greg. *dict. loc. num.* 18.

(*r*) *d. l.* 4. §. 5. *d. l.* 5. §. 2. Damhoud. *d. cap.* 59. *n.* 1. Quando, & quibus in caussis locus citationi per edictum, vid. Gail. 1. *obs.* 57. *n.* 4.

(*s*) DD. fere citationis tres partes faciunt: commissionem Judicis, exequutionem nuncii, & ejusdem relationem; quibus adde quartam, formam scilicet, seu conceptionem, cujus requisita VVesemb. *par. hoc tit. n.* 13. Gail. 1. *obs.* 48. *n.* 5. & *seqq.*

(*t*) Prætor tamen adeundus, ut vadari reum liceret, idest, ita vocare, ut ni satis, vel cautum daret, manus injectionem pateretur. Ræv. *cap.* 5. *ad l.* 12. *Tab.*

(*u*) Ræv. *d. loc.* Duar. 1. *disp.* 1. Cujac. 7. *obs.* 10. Diss. Rob. 3. *sent.* 1. cui occurritur a Vult. 1. *disc.* 1.

(*x*) Vid. *l.* 2. & *duas seqq. hoc tit.*

(*y*) *l.* 4. & *seqq. eod.* Propositaque est adversus negligentes actio pœnalis in quinquaginta aureos. *l. pen. h. tit.* quod & hodie servatur. Venia autem in prima instantia impetrata, non est necesse eam repetere in secunda. Sed nec subditus Principem, nec vassallus dominum feudi sine venia in jus vocare potest ex opinione Interp. in §. 12. *Inst. de act.*

(*z*) Vadari igitur est quasi bellum per Feciales indicere; condicere vero est diem prælii committendi constituere. Tuning. in *d.* §. 12. post Hotom.

tam nulla amplius ejusmodi denunciatio, aut conditio est, sed oblato libello citatorio, dierum viginti induciæ reo (a) indultæ, ut secum interim deliberet, cedere, an contendere malit (b).

CAPUT II.

De edendo.

Extrinsecus ad vocationem accedit actionis (c) editio. Duo hic propter rerum conjunctionem quærenda: quid sit editio, tum quarum rerum exigitur. Edere est scriptum tradere, quod editum velis, aut, ita ostendere adversario, ut sit ei excipiendi, vel describendi (d) copia. Res edendæ quædam ante, quædam post litem contestatam. Ante litem contestatam edenda est ab actore actio ei, qui in jus vocatur, quo is secum interim deliberet, utrum cedere velit, an in judicio contendere, & si contendendum putet, ut veniat instructus. Actio recte edita videtur, si ita concepta est in libello, & edita, ut speciem futuræ litis demonstret, atque ut inde adversarius scire possit qua de re sibi lis (e) intendatur. Duo igitur necessario demonstranda: res, quæ petitur; & causa petendi. Res ita demonstranda, ut intelligi (f) possit. Causa petendi alia est in actionibus in rem, alia in actionibus in personam. In actionibus in rem hæ duæ: ab actore, dominium; a reo, possessio. Actionum in personam causæ, vel generales sunt, vel speciales. Generalis una, omnium communis, obligatio. Speciales, aut particulares, aut propriæ. Particulares fere quatuor: contractus, quasi contractus, maleficia, & quasi. Propriæ facta singula, & negotia, quæ in aliquam ex quatuor istis causis particularibus cadunt. In actionibus in rem sufficit causam petendi (g) communem dicere; in actionibus in personam addenda est & specialis, & (h) propria. Ratio varietatis hæc est, quod qui se dominum dicit, satis dicit de jure suo, unde scire possit adversarius, utrum sibi expediat contendere, nec ne. At in actione in personam, nisi causa obligationis propria exprimatur, nihil de eo reus statuere (i) potest. Ceterum nomen actionis libello complecti nihil necesse esse existimo, cum id apposita certa, & conveniente agendi causa ex ipsa narratione satis intelligatur (k).

Duplex jam hic exoritur quæstio. Prima est, an actionem semel editam postea emendare, aut mutare liceat; secunda, si liceat, quamdiu, utrum ante litem contestatam tantum, an vero etiam postea. De prima diserte rescriptum est, licere actionem editam emendari, & (l) mutari. Emendatur actio edita, cum ei, vel adjicitur quid, vel detrahitur; mutatur, cum, repudiata vetere, instituitur nova. Sed adjectæ sunt rescripto duæ conditiones; quarum una hæc est, dum id ita fiat, ut edicti perpetui monet auctoritas; altera, ut jus dicentis decernit æquitas. Edicti perpetui monitio hæc, ut edatur actio, quacunque quis experiri velit; proinde si quis nova experiatur, etiam hanc edi oportet, novumque reo spatium ad deliberandum (m) dari. Jus dicentis æquitas hoc exigit, ut emendatio illa, aut mutatio sine damno adversarii fiat; ideoque qui temere adversarium suum in jus vocaverit, is ei viatica, & sumptus prioris litis reddere (n) tenetur. Secundum plusculum dubitationis habet. Ego puto jus actori & nunc esse,

(a) *Auth. offeratur*, C. *de lit. cont.* Jure Can. numerus dierum in arbitrio Judicis est; sed si minus breve tempus concesserit, apeilari potest. *c.* 1. *&* 2. *ext. de dilat.*

(b) Nos hoc jure utimur, ut exequutor vocato diem dicat, & moderatum tempus ad deliberandum concedat, prout res, persona vocati locus, ceteræque circumstantiæ desiderare videntur. Merul. *lib.* 4. *dist.* 4. *sect.* 1. *tit.* 4. *cap.* 14. effecta citationis Gail. 1. *obser.* 74. *n.* 16. *& seqq.*

(c) Quæ non præcessit, sed sequuta est in jus vocationem, ut bene Don. in *rub. Cod. hoc tit. num.* 6. In praxi hic ordo servatur, ut prius quidem, quam citatio decernatur, Judici offeratur libellus, qui citationis dicitur; sed comparenti citato offerendus libellus conventionis, id est, actio edenda Marant. *spec. p.* 3. *memb.* 3. *de lib. obl. nu.* 1. *&* 25. An, & quatenus tenor libelli citationi inserendus, vid. Gail. 1. *obs.* 48. *& seqq.* Myns. 5. *obs.* 85. *num.* 7.

(d) *l.* 1. §. 1. *l.* 10. §. 2. *hoc tit.* De diversis actionum edendarum rationibus vid. Ræv. *pro tridun.* 4.

(e) *l.* 3. *hoc tit.* Ex Constitutione autem Justin. est, quod actor actionem libello complecti debet, eamque reo offerre. *Auth. offeratur*, C. *de lit. cont.* Nam olim etiam dictare actionem licuit. *l.* 1. §. 1. *hoc tit.* Sich. in *d. Auth n.* 3. Schneid. In §. 1. *Inst. de act. n.* 99.

(f) In actionibus specialibus rei vindicatoriis commodati depositi &c. rem designari oportet; in obligationibus faciendis petitur id, quod interest; in actionibus generalibus pro soc. negot. gest. tutelæ ratio administrationis, & reliqua in petitione hæreditatis hæreditas Don. ad *l.* 3. C. *hoc tit. num.* 7.

(g) Etsi non sufficiat actor se dominum esse ex donato, legato, & similibus causis Gail. 1. *obs.* 61. *n.* 7.

(h) Ut puta, ajo te mihi decem dare oportere, quæ tibi dedi mutua, aut si quæ alia obligationis causa. Gail. *d. loc. n.* 4. Schneid. ad §. 1. *Inst. de act. n.* 110.

(i) Vid. Gail. *d. loc. n.* 7. Schneid. *d. loc. n.* 116. Don. ad *l.* 3. C. *hoc tit. n.* 8.

(k) Nam ex causa, & jure petendi. ac medio concludendi qualitas intentatæ actionis satis colligi potest Gail. *d. loc. n.* 9. Vide omnino Vacon. 6. *declar.* 88. convenit jus Can. *c. dilecti*, *ext. de jud.*

(l) *l.* 3. C. *de edend.* & ibi Don. *n.* 5. §. *si minus*, 34. *& seqq. Inst. de act.* & ibi DD. Sich. ad *Auth. qui semel*. C. *quom. & quand. jud. num.* 11. *& seqq.* Damhoud. *prax. civ. c.* 110.

(m) Siquidem æquitas edicti non solum pertinet ad actionem, quæ primo instituta, sed ad omnem petitionem etiam novam, quia in omnibus pariter interest rei nosse quid, & quamobrem petatur, sine quo scire non potest cedere, an contendere debeat. Don. in *l.* 3. *numer.* 13.

(n) Per *l. eum quem*, 79. de *jud. l.* 75. *de reg. jur.* Don. in *d. l.* 3. *n.* 14. Gilken *ibid. n.* 15.

esse, & olim fuisse, actionem editam emendare, aut mutare non solum ante, de quo inter omnes convenit, sed etiam (*o*) post litem contestatam. An ergo & eodem judicio? Hoc quidem diserte cautum est a Justiniano; sed haud scio, an istis verbis non tam judicii unitatem denotare, quam personam Judicis, & negotii apud eumdem continuationem voluerit; ut in hoc saltem novum jus distet ab antiquo illo, quo Prætor de integro adeundus erat, ut novum de ea re Judicium, & Judicem daret. Sane non video quo modo alioqui recte defendi possit, idem judicium ibi esse, ubi nova litis exigitur contestatio, quod quidem negari non potest; nam si reus post novam actionem editam, & inducias ad deliberandum denuo concessas ad contradicendum venerit, utique contradictione sua novam litem facit (*p*).

Post litem (*q*) contestatam quædam ab actore edenda, quædam a reo. Ab actore instrumenta, & rationes. Instrumenta non quævis, sed quibus in causa usurus sit; rationes etiam, quibus usurus non sit, sive privatæ sint, sive (*r*) publicæ, ut Fisci. Utrumque summa ratione; nam ex instrumentis fides, & vis actionis pendet, & ex rationibus etiam solutio debitoris cognoscitur, cum ita conficiantur, ut duas paginas contineant, accepti, & (*t*) expensi. Rationes autem cum die, & consule (*u*) edi debent, earumque editio quovis tempore post litem contestatam recte desideratur. Instrumentorum vero editio fit (*x*) sine die, & consule, neque ante necessaria quam cum iis actor uti (*y*) volet. A reo, qui defensione, aut exceptione aliqua (*z*) utitur, edenda sunt hæc, exceptio, instrumenta publica, & privata (*a*) communia, quibus usurus est, rationes in quibusdam (*b*) causis. Hæ causæ partim ex conditione actoris, si delator est, qui quid nunciat (*c*) Fisco; partim ex conditione, & persona rei, si est (*d*) argentarius, aut rei alienæ (*e*) administrator. Extra has causas nulli actori privato reus privatus rationes suas proprias edere cogitur; neque id vel juris, vel æquitatis ratio permittit (*f*).

CAPUT III.

De cautione judicii sistendi causa; tum quæ sit pœna adversus eos, qui sui potestatem non faciunt, neque defenduntur.

JUsta vocatione constituta, sequitur, ut de necessitate, quæ vocationi adjuncta est, deinceps cognoscamus. In quo tamen explicando non est necesse singula minutim exequi, cum longe alio jure circa in jus vocationem hodie utamur; digitum tantum ad fontes, unde hauriatis, intendam. Reo igitur ita, uti diximus, in jus vocato, actioneque edita, proponitur hæc conditio, ut aut statim in jus eat, aut se ad constitutum diem judicio stiturum (*g*) caveat. Quid sit, & qualis hæc cautio, tum quam vim habeat, obiter videamus. Cavere nihil aliud est, quam promittere, se in judicium (*h*) venturum litis contestandæ (*i*) causa, ibique permansurum usque ad terminum

---

(*o*) *l.* 32. *de neg. gest.* *l.* 57. §. 1. *de cond. ind.* *l.* 18. § 2. *unde vi.* *l.* 4. §. *ult. de nox. act. Clem. ult. de appell* § 35. *Inst. de act.* sed usu fori recepta est communis DD. doctrina, libellum emendari post litem contestatam posse, mutari autem non posse, teste Zas. in §. *si minus*, *Inst. de act.* Gail. 1. *obs.* 74. *n.* 5.

(*p*) Vide hac de re docte differentem Bachov. in *Treutl. vol.* 1. *disp.* 4. *thes.* 13. *lit. D.*

(*q*) Hæc editio non est præparatoria, sed instructoria causæ, & judicii. *l.* 10. §. 2. *hoc tit.* Certis tamen casibus etiam ante cœptum judicium peti posse statuunt vulgo DD. Vid. Myns. ad *cap.* 1. *ext. de prob.* Vult. 1. *disc.* 6.

(*r*) *l.* 1. §. 3. *l.* 5. *& seq.* C. *hoc tit.*

(*t*) Rationes ita conficiuntur, ut scribantur non tantum pro creditore, sed etiam pro debitore. *l.* 6. §. 3. *eod.* cetera instrumenta pro eo solum confici solent, qui ea sibi habet, quæ causa est, cur rationes omnes edendæ; instrumenta autem dumtaxat ea, quibus actor usurus est. Unde autem hoc constabit, si nondum utatur? Vid. Cagnol. in *l.* 1. C. *eod.* n. 61. *& seqq.*

(*u*) Quoniam accepta, & data alias apparere non possunt. *l.* 1. §. 2. *eod.* Cujac. 10. *obs.* 14. Dies datæ in principio libri rationum positus comprehendit sequentia folia, in quibus non est dies specialis. *l.* 6. §. 6. *eod.* Zas. *par. eod.* p. *pen.*

(*x*) Ne quid excogitetur, & prolato die fiat. *d. l.* 1. §. 2. Secus tamen esse volunt, si editio non ad deliberandum, sed probationis, aut confutationis gratia petatur. Ant. Fab. C. *suo hoc tit. n.* 2. Oldend. *class.* 1. *act.* 8.

(*y*) *l. ult.* C. *hoc tit.* Quando edendum originale, vid. Myns. ad *d. c.* 1. *n.* 43. *& seq.* Si instrumentum plura capitula contineat, totum quidem Judici exhibendum, parti autem copia clausulæ controversæ. Old. *dict. act.* 8. *q.* 6. Gail. 1. *obs.* 106. *n.* 10.

(*z*) Quod qui facit, agere videtur. *l.* 1. *de exc.* ideoque ad edictum pertinet. *l.* 1. *in pr. hoc tit.* Plane si reus inficiatione pariter, & exceptione utatur, hic non cogitur edere rationes, & adversus se armare actorem si forte solutum in rationes non retulerit. *l. ult.* Cod. *eod.* ubi Don. *n.* 7. *&* 8.

(*a*) *l.* 2. *l.* 7. C. *eod.* Quid sint, & quot modis fiant instrumenta communia, disce ex Don. ad *d. l.* 7.

(*b*) Sic enim scriptum in *l.* 1. C. *eod.* ut reus rationes suas exhibeat, ex causa ad officium Judicis pertinet.

(*c*) Nisi ex capitali causa. *l.* 2. §. 2. *de jur. fisc.* & ita temperanda *l.* 3. *hoc tit.* Don. ad *d. l.* 1. *n.* 3. Bronch. 2. *ass.* 94. Gail. 1. *obs.* 106. *n.* 11.

(*d*) Ejusve hæres. *l.* 4. *l.* 9. §. 1. *eod.* Argentariorum hodie nullus usus; sed obtinuit, ut quæ de iis hic constituta sunt, ad Notarios producantur. Old. *d. act.* 8. Gail. *d. obs. n.* 6. Antiquitatis studiosi adeant Cujac. 10. *obs.* 14. Rævard. 2. *var.* 15.

(*e*) Ut procurator, tutor, socius, &c. *l.* 4. *&* 6. *ff. hoc tit.*

(*f*) *d. l.* 1. *l.* 4. C. *eod. l. nimis grave*, C. *de testib.* Plures tamen causas reperies apud DD., vid. Gilken ad *d. l.* 1. Myns. ad *d. c.* 1. *ext. de prob. n.* 12.

(*g*) De quo *titul. ff. in jus voc. ut eant. & seq.* usque ad *tit. de edend.*

(*h*) Sistere se judicio, ad judicium venire, seu occurrere veteres pro eodem usurpant.

(*i*) Ut reus judicium accipiat, securusque agendi potestatem faciat. *l.* 10. *si quis caut.* *l.* 8. *eod.*

minum litis; quæ clausula a Justiniano veteri cautioni (*k*) adjecta est. Cautio hæc pro conditione personarum, aut est satisdatio, aut nuda repromissio, aut jurejurando confirmata. Jurant, non satisdant, (*l*) immobilium possessor, viri (*m*) illustres. Cavent tantum, non jurant, parens (*n*), patronus, clerici. Ceteri satisdare coguntur, idest, datis fidejussoribus cavere. Fidejussoribus autem locuples pro rei qualitate dandus, ut tamen in personis necessariis qualiscumque pro locuplete (*o*) habeatur. Effectus cautionis est, ut si reus non steterit, teneatur in id, quod actoris (*p*) interest; si cavere nolit, jus sit actori invitum, si extra (*q*) domum conspiciatur, in jus ducere. poena constituta adversus eum, qui in jus vocatum vi (*r*) exemerit. Sed cur actorem rebus, ut videtur, non necessariis oneramus, ut aut ducat reum, aut (*ſ*) vadimonio obstringat? Cur non potius eo absente res cognoscitur, & judicatur? Recte quidem hoc diceretur, si lite non contestata de re cognosci, & judicari ratio juris civilis permitteret; nunc vero cum nonnisi lite contestata causam cognoscere, & ad sententiam definitivam (*t*) procedere liceat, utiliter introducta est cautio, cujus desertæ poenam subiret reus, si sua die in judicium non venisset cum adversario litis contestandæ causa. Hodie vero cum moribus nostris obtinuerit, ut sive reus vocatus venerit sive non venerit, judicium nihilominus (*u*) peragatur, mirum videri non debet, si eodem jure circa in jus vocationem non utamur. Sed redeo ad jus Romanum.

Cautio igitur hæc, ut dixi, & ductio eo spectabant, ut reus in jus veniret, judiciumque acciperet. Sed ne hic quidem veteres subsistunt; nam & duplici insuper poena a Magistratu coercentur, qui in jus vocati secum experiundi potestatem non faciunt, multæ irrogatione, & bonorum possessione, distractioneque. Multa pro jurisdictione Judicis irrogatur omni, qui in jus vocatus dolo malo non venerit, sive caverit, sive non (*x*) caverit, dummodo is sit, qui & venire debeat, & intelligat se debere. Quod si idcirco non venerit, quia aut dies esset feriatus, aut quia jurisdictioni ejus, ad quem vocatur, subjectus non sit, multa ei remittitur, sicut & homini rustico, & (*y*) imperito. Altera poena constituta adversus omnes, qui absentes non defenduntur, hæc est. Si is, cum quo actio est, tribus edictis, vel uno peremptorio evocatus (sic enim hodie citandi etiam vadimonii (*z*) desertores) potestatem sui non faciat, neque defendatur, mittitur adversarius in possessionem bonorum ejus, ut si res exegerit, etiam (*a*) distrahantur. Et si quidem agitur actione in personam, mittuntur creditores in bona debitoris universa, pro modo tamen, & quantitate (*b*) debiti. Si vero actione in rem, in latitantis quidem omnia, in absentis autem non omnia, sed in rei petitæ possessionem (*c*) dumtaxat. Huic ergo poenæ duæ res locum faciunt: si vocatus potestatem sui non faciat, si non (*d*) defendatur. Pote-

(*k*) §. 4. *Inst. de satisd.* Quod qua ratione constitutum, cum lite contestata, absente quoque reo cognosci, & judicari possit, vellem ipse doceri.

(*l*) *l.* 15. *in pr. d. tit.* Quis possessor immobilium habendus *d. l.* 15. §. 1. & *seq.* adde Sich. ad *Auth. offeratur*, C. *de lit. cont. n.* 18. Damhoud. *prax. civ. cap.* 99. *n.* 9.

(*m*) *l. pen.* & *ult.* C. *de dignitat. lib.* 12. Schneid. ad *rub. Inst. de satisd. n.* 4.

(*n*) *Arg. l.* 34. §. 4. *de jurejur.* de clericis est in *l.* 25. C. *de Episc.* & *Cler. cap.* 1. *ext. de juram. calum.* Cujac. *nov.* 49. *in fin.*

(*o*) *l.* 1. & 2. *in jus voc. ut cav. l.* 2. §. 2. *qui satisd. cog.*

(*p*) *l. ult. si quis in jus voc.* Nisi tamen certa quantitas poenæ nomine promissa sit. Oldend. *class.* 1. *act.* 6. eodemque modo tenentur & fidejussores. *d. l.* 2. §. *ult.* De impedimentis, quæ reum excusent, vid. *tit. si quis in jus voc.*

(*q*) Nam domus tutissimum cuique refugium. *l.* 8. & *seq. de in jus voc. l. nemo*, 103. *de reg. jur.* ubi Petr. Fab. quod ad praxin ita trahit. Damhoud. *prax. civ. c.* 59. *nu.* 10. ut putet non licere domum ingredi citandi causa, sed ante fores denunciationem fieri debere; sed vide. Thulden. in *annot. ib. lit. c.*

(*r*) *Tit. in jus voc. ut cav.* junct. *tit. ne quis eum, qui in jus voc. vi. exim.*

(*ſ*) Quid sit vadimonio se obstringere, promittere, accipere, obire, deserere vadimonium, docet Budæus in *ann. in Pand. fol.* 22. Quid differant desertio vadimonii, & eremodicium, Cujac. ad *l.* 7. §. *ult. de min.*

(*t*) *Nov.* 5. *c.* 4. *tit. ext. ut lit. non cont. non proc.* Excipiunt causas, in quibus summarie, & de plano proceditur, item appellationis, & paucas alias. Vid. Merul. *lib.* 4. *dist.* 4. *sect.* 3. *tit.* 6. *c.* 2.

(*u*) Scilicet post tres citationes, & quartam ex superabundanti. *art.* 108. *Instr. Cur. Holl.* add. Gail. 1. *obs.* 60. In actione reali mittitur petitor in possessionem rei petitæ, prout cantum *art.* 110. *d. Inst.*

(*x*) *l.* 2. §. 1. *si quis in jus voc. non ier.* Nec enim partem magis, quam Judicem offendit contumacia.

(*y*) Hæc ad istam sententiam Paul. in *d. l.* 2. Plane ei, qui supra jurisdictionem suam jus dicit, impune non paretur. *l. ult. de jurisd.* Sed hoc tunc vere dicitur, cum de eo constat; quod si de eo dubitetur, vocati est non contemnere auctoritatem Prætoris. *l.* 5. *de jud.* Zas. *par. si quis in jus voc. n.* 4. Damhoud. *prax. civ. c.* 74. *n.* 5. Bronch. 2. *enant. ass.* 23.

(*z*) *Nov.* 69. & 112. *c.* 1. *ext. de dilat. c. ult. ut lit. non cont.* Quibus in caussis plures citationes requirantur, aut una cum intimatione sufficiat, pete ex *Instr. art.* 108. & *aliquot seqq.* Merul. *lib.* 4. *dist.* 4. *sect.* 1. *tit.* 4. *c.* 3. adde Sichard. in *l.* 2. & *seqq. maxime* 8. C. *quom.* & *quand. jud.*

(*a*) Quod est argumentum *tit. quib. ex ca. in poss. eat.* & *de reb. auct. jud. poss.*

(*b*) *l.* 1. *quib. ex ca. in poss.* Junct. *Nov.* 53. *r.* 4. ex quo tamen *cap.* DD. vulgo probant, in partem bonorum mitti, & cum iis Duar. *c.* 2. *ad d. tit.* Sane si certa species actione in personam petatur, haud dubie in eam ipsam mitti oportebit.

(*c*) *l.* 7. §. *item videamus*, & *seq. eodem.* Jure Can. indistincte in res petitas tantum *c. ult. ut lit. non contest.*

(*d*) Utrumque edicto complexus est Prætor in *l.* 2. *dict. tit.* Ut autem constet neminem existere defensorem, interpellandi sunt ii omnes, quos probabile est, defensioni rei non defuturos, idque testatione complectendum, ut Magistratui fides fiat. *l.* 5. §. 1. *l.* 21. §. *ult.* & *l. seq. ex quib. ca. maj.* Confer. Marant. *p.* 6. *memb.* 9. *de cit. n.* 105. & *seq.*

Potestatem sui non facit non tantum, qui frustrationis causa latitat, sed etiam, qui sine consilio fraudandi abest, aut quicum, quantumvis præsente, experiundi potestas non est. Sed hoc interest, quod latitantium, & eorum, cum quibus agi non potest, bona etiam distrahi jubentur; ceterorum pœna bonorum (e) possessione terminatur. Non defenditur, qui justa, & legitima defensione non utitur, quam vel a se quisque habet, vel ab alio. A se, qui ipse judicium suscipit, si modo is sit, qui potest judicio (f) obligari. Ab alio, quem vel jus tuetur, vel alienum factum. Jure defenditur, qui in ea causa est, ut conveniri non possit; puta si in diem, aut sub conditione debeat, aut exceptione (g) tutus sit. Alieno facto, cujus nomine alius paratus est judicium suscipere, qui & idoneus defensor sit, & defendat (h) oblata satisdatione judicatum solvi.

Is, qui in possessionem venit, quædam statim consequitur, quædam non statim, sed ita, si res exegerit. Statim consequitur duo (i) custodiam, & observationem, (k) jus pignoris. Custodia, & observatio hoc ei tribuit, ut si qui fructus ex rebus possessis capi possint, eos ex bona fide vendere, & locare (l) possit. Quidquid autem inde perceperit, id aut in sortem imputare cogitur, aut (m) restituere. In causa tamen hæreditatis ob nimiam rei contumaciam etiam lucro petitoris (n) cedunt. Pignus rem possessam ita subjicit potestati creditoris, ut non liceat debitori eam attingere, aut ex iis, quæ inde nascuntur, quidquam sumere, ne ad vescendum quidem, nisi pupillus sit debitor, cui hoc specialiter (o) concessum. Hæc omnia huc spectant, ut tædio perpetuæ custodiæ affectus debitor tandem (p) veniat. Cujus bona ex edicto possidentur, eorum etiam venditio permittitur; sed neque adversus omnes, aut latitantes, aut absentes, neque statim, sed si res ita (q) exegerit. Ex latitantibus huc pertinent ii solum, in quibus inest fraus, & consilium (r) fraudandi creditores. Ex ceteris absentibus ii, cum quibus judicium esse non potest; veluti si defuncto debitori nemo hæres (s) extitit, vel si debitor exilii causa solum (t) verterit, neque defendatur. Postremo eorum omnium, qui in perpetua (u) cura sunt. Pupillus, quamvis non defendatur, inter hos non numeratur; sed in eo hæc distinctio est: Si cum pupillo ipso quid contractum sit, neque defendatur, jubetur quidem creditor in bona ejus ire, vendi autem bona non jubentur, sed expectanda pubertas; sin contractus descendat ex persona ejus, cui hæres extitit, etiam vendi jubentur, cum perquam iniquum sit, eum, qui cum pupillo nihil gessit, expectare ejus (x) pubertatem. Ceterum non est acceleranda bonorum venditio; nam ne latitantis quidem bona statim venire permittit Prætor; sed ita si res (y) exegerit. Hæc verba in latitante sic accipiemus, si & justo tempore transacto constiterit, eum vere contumacem esse, & creditor distrahendi potestatem sibi fieri postulans doceat suum esse (z) debitorem. In eo, cui nemo hæres esse dicitur, si & neminem hæredem esse constet, & de debito item ostendatur. Furiosorum, & similium, qui alieno consilio perpetuo reguntur, statim quidem vendi bona permittuntur, sed causa co-

(e) *l.* 7. §. 1. *& seq. eod.* de quo mox uberius.

(f) Nam si, verbi causa, de re ad pupillum pertinente agatur, non videbitur pupillus defendi, si ipse se liti offerat; hoc exigimus, ut ab alio defendatur. *l.* 5. *in pr. &* §. *ult. eod.*

(g) *l. pen. in fin. l.* 7. §. *si in diem, eod. l. eo tempore,* 50. *de pecul.*

(h) *d. l.* 5. §. *recte. l. recte,* 63. *de jud.* facit *l.* 35. §. 3. *l. den. de proc.*

(i) *l.* 12. *h. tit. l.* 3. §. *ult. de acquir. poss.* Vera autem possessio ex hac causa non acquiritur, multoque minus dominium. *l.* 8. *C. de reb. auct. jud. poss.* Vulgo tamen persuasum misso in mobilia veram possessionem acquiri, itemque in actionibus realibus semper. Gail. *de arrest. c.* 1. *n.* 7. quod refellit Menoch. *retin. possess. rem.* 3. *n.* 108. *& seqq.* & Goed. *de sequestr. c.* 2. *n.* 9. *& seqq.*

(k) *l.* 26. *de pign. act.* Hoc autem pignus prætorium est. *l.* 2. *C. qui pot. in pign.* Quod ab arresto differre, licet multi cum eo confundant, docet Goed. in *rub. ext. de sequestr. n.* 20.

(l) Qua de re diligenter, & dilucide scriptum in *l.* 8. §. 1. *& seq. de reb. auct. jud. poss.*

(m) *l.* 9. *l.* 14. *d. tit.* add. Gail. *de arrest.* 14. Goed. *d. loc. nu.* 5. *& tr. seq.* Ex recepta opinione, qua missus in realibus verus possessor statuitur, etiam fructus lucrari eum oportet.

(n) *l.* 7. §. *ult. quib. ex ca. in poss.* Idem plerique probant & in aliis causis ob nimiam rei contumaciam. Vid. Menoch. *d. rem.* 3. *n.* 178. Goed. *d. loc.* §. *ult. d. l.* 7. de secundo decreto accipit.

(o) *l.* 33. §. *ult. de reb. auct. jud. poss.* quod transferri potest ad omnes, qui pupillo similes. *arg. l.* 7. §. 10. *&* 12. *quib. ex ca. in poss.* De instrumentis, & rationibus quid in his creditori permittatur, vid. *l.* 15. *de reb. auct. jud. poss.*

(p) *l.* 5. *in pr. ut in poss. leg.* add. Men. *d. rem.* 3. *n.* 170. *& seqq.*

(q) *l.* 7. §. 1. *quib. ex ca. in poss.* junct. *l.* 21. §. 2. *ex quib. ca. maj.* Interpp. hic vulgo duo decreta agnoscunt, & ex secunda demum ad distractionem veniri, per *l.* 15. §. *Julianus, de damn. inf.* Sed errorem esse ostendit Schifordiger. ad Ant. Fab. *tract.* 7.

(r) Vid. *d. l.* 7. §. 2. *& multis seq.*

(s) *l.* 6. *de reb. auct. jud. poss. l.* 1. *C. eod. l.* 5. *in fin. pr. de succ. ed.*

(t) Nam & exilio temporario puniti, mortui exitum hic patiuntur. *l.* 13. *quib. ex ca. in poss.* non item ab hostibus capti. *l. ult. de reb. auct. jud. poss.*

(u) Ut furiosi, prodigi, &c. *d. l.* 7. §. *plane,* 10. *&* §. 12.

(x) *l.* 3. *quib. ex ca. in poss. eat.* add. Cujac. 10. *obs.* 31.

(y) Ut est in *l. item,* 21. §. 2. *ex quibus ca. maj.*

(z) *l.* 9. *C. de bon. auct. jud. poss.* An in hac auctione locus beneficio *l.* 2. *C. de resc. vend.* affirmant, atque in praxi ita servari testantur Pinell. ad *d. l.* 2. *par.* 2. *c.* 2. *n.* 23. Damhoud. *prax. civ. cap.* 4. *n.* 265.

cognita, puta si urgeat æs alienum, & dilatio damnum allatura sit creditoribus †.

CAPUT IV.

Bonorum auctione constituta quid quærendum. Qui quibus in distractione bonorum præferantur.

VEnditione bonorum impetrata, & auctione constituta, necessario quæritur; primo, quid bonorum appellatione contineatur; secundo, ubi venire debeant; tertio, si plures eamdem rem licitentur, quis cui præferatur; quarto, si plures existant creditores chirographarii, qui quibus potiores habeantur. In bonis computantur non solum, quæ dominii nostri sunt, vel dominio proxima, ut superficiaria, & emphyteuticaria, aut quæ emolumentum rei continent, ut ususfructus; sed in universum omnia, quæ in ea causa sunt, ut de his possidentes exceptionem, amittentes ad ea recuperanda actionem (*a*) habemus. Auctionem ibi fieri oportet, ubi quisque domicilium habet, aut (*b*) contraxit. Creditor, cognatusve extraneo, & huic ille præfertur ex creditoribus, cui major pecunia (*c*) debetur. Postremo ut inter creditores chirographarios, eosve, qui res alioqui obligatas non (*d*) persequuntur (nam de his solis hoc loco quæritur) alii aliis præferantur, duæ res efficiunt, privilegium, & separatio bonorum.

Privilegium est jus sine pignore ante alios agendi; quod non ex tempore, sed ex causa (*e*) æstimatur. Causa privilegii, aut est in persona creditoris, aut in re, de qua agitur, aut in persona, & re conjunctim. Personæ, quæ privilegium habent, duæ: (*f*) Fiscus, non tamen in (*g*) pœna, & (*h*) Respublica. Res, de quibus agitur, fere (*i*) quatuor: impensa funeris, pecunia credita navis fabricandæ, vel instruendæ, aut ædium restituendarum causa; pecunia deposita apud personam publicam, puta argentarium, pecunia ejus, quæ ad creditores privilegiarios pervenit. In re, & persona simul privilegium duabus in causis: una est causa dotis, si mulier ipsa agat, cujus nomine dos data (*k*) est; altera, si a pupillo, aut furioso, & similibus agatur de administratione rerum ad ipsos pertinentium adversus tutores, curatores, procuratores (*l*), eorumve successores. Inter hos creditores hic ordo servatur. Præcedit omne creditum funeris (*m*) impensa. Secundum hanc præfertur (*n*) cæteris mulier in causa dotis, tantum excepti, qui pecuniam crediderunt ad comparandam militiam ea lege, ut in ipsius militiæ pignore potiores essent. Post hos privatis omnibus præfertur (*o*) Fiscus. Post Fiscum inter privatos is, qui in rem emendam, aut restituendam, instruendamve pecuniam (*p*) credidit. Extremo loco, qui pecuniam apud mensularium (*q*) deposuit. Qui pecuniam dedit, ut ea ad creditorem privilegiarium perveniret, is hujus conditione utitur. Quod si plures ex eadem causa privilegio utantur, alius alii, licet tempore prior, non præfertur (*r*).

Alterum, quod efficit, ut alii aliis præferantur, est separatio bonorum. Separatio est bonorum, & creditorum aliorum ab aliis discretio. Prætoris decreto, causa cognita (*s*), concessa. Sed neque omnibus creditoribus, neque omnium bonorum conceditur, neque con-

cessa

† Ut prope totidem verbis Ulpian. in *d. l.* 7. §. *plane*, 11. *quib. ex ca. in poss.*

(*a*) *l. rem in bonis*, 52. *de acq. rer. dom. l.* 49. *de verb. sign. l.* 8. *de reb. auct. jud. poss.* Una exceptio est in *l.* 28. *ff. eod.* & altera in *l. pen. eod.*

(*b*) *l.* 1. 2. *&* 2. *eod.* De ritu solemni subhastation. vid. Pet. Greg. 47. *synt.* 24. *n.* 8. *& seqq.* Damhoud. *subhast. exegesi. c.* 1. *n.* 10. *& seqq. & c.* 3. *&* 4.

(*c*) *l.* 16. *de reb. auct. jud.* cujus rei rationem pete ex Ant. Fab. 5. *conj.* 15. Cui tamen non per omnia assentiendum in eo, quod contra quam Bart. & commun. DD. contendit in comparatione creditorum non præferri eum, qui & creditor, & cognatus, ei, qui creditor tantum. Nam absurdum non est, ut potior sit, qui duplici causa nititur, quam qui una dumtaxat.

(*d*) Multum differunt jus prælationis, & tacitæ hypothecæ. Vid. Gail. 2. *observ.* 25. Ant. Fab. 6. *err.* 1. *& tract.* Pet. Vanter. *de priv. cred.*

(*e*) *l. privilegia*, 32. *de reb. auct. jud.* secus quam pignus, aut hypotheca. *l.* 2. *in fin. & passim*, *c. qui prior*, *de reg. jur. in* 6. Gail. *d. l. n.* 2. *&* 13.

(*f*) *l. quod quis*, 34. *de reb. auct. jud.* qui etiam jus pignoris habet. *l.* 2. *C. in qu. caus. pign.*

(*g*) *l. quod placuit*, 37. *de jur. fisc. tit. C. poen. fisc. creditorem præf.* æquius enim favere de damno sollicito, quam captanti lucrum, per *l.* 41. §. 1. *de reg. jur.*

(*h*) *l. pen. de reb. auct. jud.* Jus autem pignoris habere Remp. non legimus.

(*i*) Vid. *l.* 17. *d. l.* 34. *l.* 24. §. 1. 2. *& ult. d. tit.*

(*k*) *d. l.* 17. §. *ult. l.* 19. *eod.* Si tamen prioris uxoris filii concurrant cum noverca, illi potiores. *l. ultim.* §. 1. *vers. exceptis*, *C. qui pot. in pign.* Habet etiam mulier de dote agens jus tacitæ hypothecæ. *l. un.* §. 1. *C. de rei ux. act.*

(*l*) *d. l.* 19. §. 1. *& ll. seqq.* Ceterum ad hæredes pupilli & idem privilegium non pertinet. *d. l.* 19. §. *ult.* Tutoris, & curatoris bona etiam pignoris titulo pupillo, &c. obligata. *l.* 20. *C. de adm. tut.*

(*m*) *l.* 14. §. 1. *l. pen. de rel. & sumpt. fun.* etiam jus tacitæ hypothecæ. *arg. d. l.* 14. §. 1. *junct. l.* 4. *&* 6. *in qu. ca. pig.* nec desunt, qui de expressa idem statuunt. Bachov. in *Treutl. vol.* 2. *disp.* 24. *th. ul. lit. B. & S.* & probat Timæus Fab. 1. *ann.* 5.

(*n*) *l. ult. C. qui pot. in pign.* & sic correcta *l.* 2. *C. de priv. fisc.* exceptio sequens est in Nov. 97. *c.* 3.

(*o*) Cujus causa ideo præcipua, quia publica. *l.* 34. *de reb. auct. jud. poss.*

(*p*) *d. l.* 32. vide tamen Nov. 27. *c.* 3.

(*q*) *l.* 24. §. 2. *de reb. auct. jud.* cui e diametro adversatur *l.* 7. §. 2. *depos.* cum tamen utraque sit ejusdem auctoris, placet conciliatio Timæi Fab. 1. *annot.* 7. quem vide.

(*r*) *l.* 32. *de reb. auct. jud.* excepta est species *l. ult.* §. 1. *vers. exceptis*, *C. qui pot. pign.*

(*s*) *l.* 1. *in pr. &* §. *de his autem*, 15. *hoc tit. de separat.*

cessa semper durat. Duo sunt genera creditorum, a quibus, & totidem bonorum, in quibus postulari potest: a castrensibus creditoribus, ut separentur bona castrensia filiifam. militis (t) a paganis; item a creditoribus hæreditariis (inter quos numerantur & (u) legatarii) ut bona defuncti, ejusdemque debitoris sui sibi separentur a bonis hæredis, qui & ipse suos habeat (x) creditores. Hæredi vero, qui sponte se obligat, aut creditoribus ejus, quorum conditionem deteriorem facere potest adjiciendo sibi alios creditores, separatio (y) non datur. Patrono datur Liberti, qui alii hæres (z) extitit. Excluditur autem jus postulandæ separationis quatuor de causis. Primo, tempore, si intra (a) quinquennium ab adita hæreditate non petatur. Secundo, confusione, si res hæreditariæ cum bonis hæredis ita confusæ sint, ut separari amplius non (b) possint. Tertio, distractione, si bona, quorum separatio postulatur, distracta (c) sint. Quarto, voluntate creditoris, si de integro cum hærede animo novandi contradixerit (d).

CAPUT V.

De Curatore bonis dando.

Creditoribus in possessionem missis nihil ulterius permitti intelligitur, quam, ut supra quoque dixi, bona custodiant, atque observent; ceterum actiones nomine debitoris exercere, aut res vendere minime possunt. Verum enimvero cum hoc fieri interdum creditorum, nonnunquam & debitoris ipsius (e) intersit, receptum est, ut curator postulantibus creditoribus constituatur, qui interim bona tueatur, actiones instituat, & quæ necesse est distrahat, ne aut pereant, aut servata rem (f) minuant. Videamus ergo a quo, quibus postulantibus, & quis bonis curator detur, tum item, quæ sit potestas dati. Constituitur curator a Prætore ex consensu (g) creditorum, aut majoris partis, id postulantium; nam si nemo postulet, Prætor curatorem proprio motu non (h) dabit. Eum, qui constituitur, non utique necesse est, creditorem esse; potest enim & non creditor (i) constitui. Invitus autem nemo curator esse cogitur, nisi ex magna necessitate, & auctoritate Imperatoris (k) creetur. Curatori constituto datur potestas res custodiendi ut suas, ea, quæ mora deteriora futura sunt, vendendi, æs alienum dissolvendi, pecuniam in eam rem conficiendi, actiones utiles exercendi, pecuniam ex distractione rerum redactam inter creditores distribuendi, vel iis solvendi, quibus sub pœna (l) debetur, procuratorem denique ad agendum, vel defendendum (m) constituendi. E contrario curator quoque ex sua administratione tenetur non tantum creditoribus, sed etiam debitori; & si plures sint, singuli in solidum & agere possunt, & conveniri (n).

CAPUT VI.

Quæ in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur.

Quia vero consilium Prætoris, quo creditoribus prospexit, ut in possessionem missi suum consequantur, a debitore distractionem bonorum metuente fraudulenta rerum alienatione interverti potest, alio edicto creditoribus consultum ivit, proposita actione, quæ Pauliana ab auctore dicta est, qua ea, quæ in fraudem eorum alienata sunt, (o) revocentur; quamquam etiam bonis nondum possessis non

(t) *dict. l.* 1. §. *si filiifam* 9. præterquam si cujus ex his creditoribus pecunia in rem patris versa fuerit. *ibidem*.

(u) Sed ita ut defuncti creditores prius suum consequantur. *l. pen. eod.* quæ & sententia *l.* 4. §. 1. *eod.*

(x) *d. l.* 1. §. 1. Nec interest utrum pure his debeatur, an in diem, aut sub conditione. *d. l.* 4.

(y) *d. l.* 1. §. 2. & §. *quæsitum*, 5. Plane ubi ipsi hæredi separatio datur, æquum est creditoribus dari, quod accidit in una specie, quæ est in *d. l.* 1. §. 6. add. Ant. Fab. 3. *err.* 2. Surd. *decis.* 310.

(z) Ne in potestate liberti sit fraudare patronum non necessaria onera suscipiendo.

(a) *d. l.* 1. §. *quod dicitur*, 13. vid. Ant. Fab. 1. *jurispr.* 6. *princ.* 4. *illat.* 3.

(b) *d. l.* 1. §. *præterea*. Ant. Fab. *d. err.* 2. *pag.* 26.

(c) Sine fraude scilicet. *l.* 2. *hoc tit.* Fab. *d. illat.* 3. *pag.* 246. Non est idem, si pignori obligata sint. *d. l.* 1. §. 3. *eod.*

(d) *d. l.* 1. §. *illud sciendum*, & *seq.* Non est in hoc numero, qui judicium dictavit hæredi, quia ex necessitate hoc fecit, ut scriptum est in *leg. ult. eod.*

(e) Sæpe enim res urget, ut quædam alienentur ex bonis, ne vel illa, vel alia pereant; multæ etiam res, quæ tempore corrumpuntur; imminet prætererea interdum æs alienum grave, quod ex pœna crescat. Denique utile sæpe est agi nomine debitoris, ne actio tempore pereat.

(f) Vid. *l.* 23. §. 1. 2. 3. *de hær. inst.* *l.* 7. §. 10. *quib. ex ca. in poss.* *l.* 14. *de reb. auct. jud.* *l.* 1. § 1. & 2. *h. t.* Attigi hanc materiam etiam *lib.* 1. *cap.* 15. add. Gail. 2. *obs.* 130.

(g) Quippe quorum id fieri interest. *l.* 2. *in pr. h. t.*

(h) Asin. tamen de exequut. §. 3. 103. & *seq.* contendit etiam ultro dari posse, parte non petente.

(i) Quamvis fere unus e creditoribus constitui solet. *l.* 8. & *seqq.* *l.* 7. §. 10. *quib. ex ca. in poss.* possunt & plures constitui, si negotia sint diffusa *l.* 2. & *ultim. hoc tit.*

(k) *d. l.* 2. §. 3. Nam etsi hoc munus personale, non tamen publicum. *l.* 1. §. *ult. de mun. & hon.*

(l) Vide locos, quos citavimus *lit.* F.

(m) *l. neque*, C. *de proc.* qui de rato, & judicatum solvi nomine ipsius caveat. *l.* 2. §. 1. *hoc tit.*

(n) Nisi per regiones certas fuerint constituti. *d. l.* 2. §. 2. & *ult.* *l.* 3. *eod.*

(o) §. 6. *Inst. de act.* *tit.* ff. *quæ in fraud. cred.* *tit.* C. *de rev. his, quæ in fraud. cred.*

non minus eadem (*p*) actio tribuitur. In hujus edicti explicatione hæc capita observanda: quæ, quibus conditionibus revocentur, earum rerum nomine, quæ quibus, adversus quos actio, ad quid, & quamdiu detur. Primum quodcumque fraudis causa factum est, qualecumque id fuerit, revocatur, sive rem alienaverit debitor, puta vendiderit, donaverit, pro derelicto habuerit, usucapi passus sit, servitutem non utendo amiserit, sive pacto creditorem liberaverit, aut data opera ad judicium non adfuerit, vel litem moveri passus sit. Sed etsi pignora liberavit, vel quem alium in fraudem creditorum præposuit, vel ei exceptionem præbuit, aut se obligavit fraudandorum creditorum causa, sive pecuniam numeravit, aut uni ex creditoribus solvit, palam est edictum locum (*q*) habere. Plane, qui cum possit aliquid acquirere, non id egit, ut acquireret, veluti si hæreditatem, aut legatum sibi delatum repudiarit, is ad hoc edictum (*r*) non pertinet. Conditiones, sine quibus edicto non est locus, sunt quatuor; in debitore alienante consilium (*s*) fraudis, & (*t*) eventus; in accipiente consilii fraudulenti (*u*) conscientia; in rebus alienatis, ut sint ex bonis, de quibus (*x*) agitur. Primo igitur si absit animus fraudandi, aut si sit quidem, sed eventum fraus non habuerit, puta si creditores nihilominus suum consequantur, aut ipsi alienationi (*y*) consenserint, cessat revocatio. Is, qui accipit, fraudis particeps esse intelligitur, si scit debitorem non esse solvendo, & in fraudem creditorum alienare, aut si obnunciante creditore, ne emeret, nihilominus (*z*) comparavit. Ex eo autem solo fraudis particeps esse nemo videtur, quod eum, quicum contraxit, creditores habere (*a*) scivit. Interdum tamen etsi animum fraudandi accipiens non habuerit, actio in factum competit. Id duabus in causis receptum: una est, si is, qui accepit, pupillus (*b*) sit; altera, si donationis causa quid fuerit (*c*) alienatum. Verum hi hactenus tantum tenentur, quatenus (*d*) locupletiores facti sunt. Si fraudator hæredem habuit, & hæredis bona venierint, non est in bonis, quibus de agitur, & ideo cessat revocatio. Ceterum si hærede in integrum restituto bona defuncti veniant, dicendum est actionem utilem (*e*) competere.

Datur hæc actio curatori bonorum, aut si nullus est curator, iis, ad quos res pertinet, nempe creditoribus, eorumque (*f*) hæredibus. Datur adversus eos, quibuscum res gesta est, aut ad quos res pervenit, si fraudem non (*g*) ignoraverint. Si ad plures fraudis participes res pervenit (*h*), omnes tenentur. Datur & adversus ipsum fraudatorem, in quo non tam emolumentum actionis Prætor intuetur, quam (*i*) pœnam. Adversus hæredes autem non datur ultra, quam ad eos (*k*) pervenit. Datur in id, ut quod amissum est, restituatur, dominia (*l*) revocentur, actiones restaurentur, perinde ac res alienata non fuisset, nulla liberatio intercessisset, ut fructus, qui tempore alienationis terræ cohærebant, restituantur, denique ut post inchoatum judicium omnis cau-

(*p*) *l.* 15. *l.* 17. §. 1. *h. t.* & probatur satis generalitate edicti. Don. ad *d.* §. 6. *n.* 9. Bachov. in *Treutl.* *vol.* 2. *disp.* 24. *th.* 5. Diss. Giphan. in *d.* §. 6. Contra Ant. Fab. 20. *conj.* 14. contendit, si bona ante possessa sunt, alienationem ipso jure non valere, nec opus esse hac actione, ut & Gothofr. ad *l.* 9. *C. h. t.* contra expressos Textus in *l.* 6. § 7. *l.* 10. §. 16. *eod.*

(*q*) Hæc in *l.* 1. §. *ult.* & *quat. ll. seqq.* *l.* 10. §. 12. 14. 16. *l.* 17. §. *ult.* *l.* 18. *l.* 21. *l. ult. in pr.* *l.* 6. §. 7. *l.* 22. *eod.* Solutum uni ex creditoribus, quando & quatenus ab aliis potiori, vel æquali jure nitentibus revocari possit, & de sententia ll. eo pertinentium vid. Pet Fab. ad *l.* 78. *de reg. jur.* Ant. Fab. 20. *conj.* 14. Gail. 1. *obs.* 25. 14. & *seqq.*

(*r*) *l.* 6. *in pr.* & 5. §§. *seqq. hoc tit.* *l.* 134. *de reg. jur.* Pet. Fab. ad *d. l.* 78. nec suus hæres se abstinens *l.* 3. *C. eod.* nec præteritus, aut exhæredatus, ut quæratur de inofficioso, aut agat ad supplementum legitimæ. *argum.* *l.* 1. §. 8. *si quid in fraud. patr.* An ad legitimam petendam filius compelli possit dubitatum; sed verius est non posse. *arg. dict. l.* 6. §. 2. *hoc tit.* *dict. l.* 18. vid. Jo. Gut. in *rep. c. quamvis*, 2. *de pact.* in 6. *num.* 24.

(*s*) Quibus argumentis hic fraus convincatur, docet Schneid. in *d.* §. 6. *Inst. de act. n.* 70. & *seqq.*

(*t*) *l.* 10. §. 1. *l.* 15. *eod.* Cum autem hic eventus probetur aliorum bonorum debitoris excussione, videri potest creditoribus hypothecariis hac actione non succurri, quæ sententia Ant. Fab. 20. *conj.* 16. & Trentacinq. 2. *pr. res. titul. de except. res.* 4. Sed contraria sententia magis placet, quæ Myn. in *d.* §. 6. *n.* 37. Schneid. *num.* 27. Vult. *num.* 49.

(*u*) *l.* 1. *in pr.* *l.* 10. §. 3. & 5. *l.* 6. §. 8. *hoc tit.* Schneid. *d. loc. n.* 37.

(*x*) *dict. l.* 10. *in pr.* & §. *si fraudator*, 9. *hoc tit.*

(*y*) *d. l.* 6. §. *præterea*, 9. unde ratio petenda ad §. 10. *d. l.* 10.

(*z*) *d. l.* 10. §. 3. & 5. *l.* 6. §. 8. *eod.* adde Schneid. ad *d.* §. 6. *n.* 37. & *seqq.*

(*a*) *d. l.* 10 §. 5. Cujus rei ratio est, quod vix quisque negotiator careat creditoribus, & sæpe de suis, & alienis facultatibus amplius, quam in his est, homines sperent. *l.* 10. *qui*, & *a quib.* Old. *cl.* 6. *act.* 1. *in pract. n.* 4.

(*b*) *d. l.* 6. §. *si quid*, & ibi ratio *h. t.* Si tutor conscius, datur actio quatenus quid pervenit. Confer. Pet. Fab. ad *l.* 78. *d. reg. jur.*

(*c*) *d. l.* 6. § *simili modo*, 11. *l. pen. hoc tit.*

(*d*) *dd. ll.* & *l.* 17. §. 1. *eod.* Schneid. in *d.* §. 6. *n.* 46. Si dos data fuerit in fraudem creditorum, scientia mariti requiritur, non uxoris. *l. ult.* §. 1. *eod.* Trentac. 2. *pract. res. tit. de exc. res.* 4. *n.* 8.

(*e*) *d. l.* 10. §. *si fraudator*, 9. & §. *seq. eod.*

(*f*) *l.* 1. *in pr.* *l.* 10. *in fin.* *l.* 12. *eod.* adde hic Schneid. in *d.* §. 6. *n.* 22.

(*g*) *d. l.* 10. *in pr.* & §. 2. *l. ult.* §. 3. nam si ignoraverint, non datur, *l.* 9. *eod.*

(*h*) *d. l. ult.* §. 2. *eod.*

(*i*) *d. l. ult.* §. *ult.* add. Old. *class.* 6. *act.* 1. *num.* 6. Schneid. ad *d.* §. 6. *n.* 28. ubi contendit fraudatorem cedendo bonis carcerem non effugere.

(*k*) Sed hoc saltem iis extorquendum, ne lucrum sentiant ex dolo defuncti. *l.* 10. *in fin.* & *l. seq. eod.*

(*l*) Adeoque non refuso pretio, nisi nummi extent in bonis debitoris. *l.* 7. & 8. *eod.*

causa, accessioque (*m*) praestetur. Datur intra annum, quo primum experiundi potestas est, qui annus ex die bonorum venditionis (*n*) computatur; post annum de eo, quod pervenit, competit (*o*).

CAPUT VII.

De litis contestatione.

INitia, procursusque judicii patefecimus, persequamur reliqua. Si is, qui in jus vocatus est, cedendum putet, & ultro in jure fateatur, debere se, quod petitur, lis sublata est; ut proinde hic cessent partes Judicis; solae relinquantur Magistratus, eaedem, quae esse solent adversus condemnatos, qua de re postea, cognito rerum judicatarum jure, opportunius disseretur. Si negat, quod intenditur, & contendere cum actore paratus est †, negatio ejus rem dubiam, contentio utriusque litem facit, & a veteri ritu testationis in lite instituenda litis contestatio dicitur. Hanc litem aut ipse Magistratus aditus dirimet, aut ei dirimendae alium Judicem dabit; ut deinceps hoc solum quaerendum sit, quodnam, lite contestata, sit officium Judicis; quod & mox faciemus. Sunt enim quaedam, quae nos remorantur, spectanda tum ad ordinem judicii, tum ad cautionem litigatorum, quorum ante monendi sumus. Sciendum igitur est, ad litem contestandam non omnem intentionem actoris, aut depulsionem rei idoneam haberi; sed in eo, uti & in facto Magistratus, quaedam jure veteri necessario observanda fuisse, quaedam etiam hodie cavere litigatoribus esse utile. Antiquitus certae actionum, defensionumque (*p*) formulae a Jureconsultis erant compositae, quas necesse erat in jure apud Praetorem, praeeuntibus Jureconsultis, a litigatoribus pronunciari, quibus qui vel syllaba deerrasset, causa cadebat. Negotio autem solemniter exposito, in id, quod intendebatur, respondebaturque, testes ultro, citroque adhibebant, unde litis (*q*) contestationis nomen. A Magistratu, qui aditus erat, exigebatur, ut judicium conciperet, & litigatoribus postulantibus daret, idest, agendi potestatem faceret. Id perficiebatur hac formula judicii reddita, siquidem ipse Praetor rem suae cognitioni reservaret. Si paret Titium Maevio dare facere oportere, de eo judicium esto, quo Titius condemnetur. Quod si alium Judicem Praetor daret, quod pro juris dicundi potestate & facere poterat, & plerumque faciebat, pro his verbis, judicium est, dicebat, verbi causa: Aquilius Judex esto, & Titium condemnato. Reddebatur autem judicium eodem (*r*) tempore, quo lis contestabatur, nec ante contestatio pro justa habebatur, quam judicio esset (*s*) inclusa. Haec autem monuisse vel eo conducit, ut ratio loquendi, quae inde nata est, intelligatur; nam ut Praetor judicium dabat, reddebat, constituebat, ita litigatores judicium accipere, subire, suscipere (*t*) dicebantur, cum potestatem causae suae agendae a Praetore impetrassent. Sed hae formularum angustiae una cum impetrationibus actionum pridem (*u*) sublatae sunt, ut deinceps nihil ad rem pertineat; quibus verbis, quave formula quis agat, dummodo verbis utatur aptis, & rei propositae convenientibus, & sola maneat litis (*x*) contestatio, quae cedat pro judicio dato, & constituto, cum Judex per narrationem negotii causa audita decernit, ut in eam rem probationes afferantur (*y*).

Ad cautionem, & utilitatem litigatorum spectat, ut defensiones suas initio litis contestentur. Sed hoc non est perpetuum. Interest, utrum

---

(*m*) Vide de his omnibus *l.* 19. *l.* 14. *l.* 10. §. 14. 19. *&* *seqq.* *l.* 17. *in pr.* *l. ult.* §. 4. *eod.* Pet. Fab ad *l.* 78. *de reg. jur.*

(*n*) *d. l.* 10. §. *annus*, 16. atque ita exponenda *l.* 6. §. *ult. eod.*

(*o*) *d. l.* 10. §. *pen.* adde Schneid. in *d.* §. 6. *Instit. de act.* *n.* 81.

† Recte Vigel. *de lit. contest.* c. 1. & Obrecht. *eod. tr. cap.* 2. *num.* 16. *&* *seqq.* docent per confessionem rei nunquam induci posse litis contestationem, & nonnisi negative ex parte rei eam fieri, per *l.* 14. §. 1. *Cod. de jud.* Quod & ipsa ratio aperte dictat, cum lis esse non possit, nisi unus affirmet, alter neget, ubi autem lis non est, ibi nec litis contestatio fingi potest. Diss. Sich. in *rubr.* C. *hoc tit.*

(*p*) *l.* 2. §. 6. *de or. jur.* Consule Pet. Fab. 1. *semest.* 21. Raevard. *de auct. prud. cap.* 1. Obrech. *de concipiend. libell.* c. 8. *num.* 20. *&* *seqq.* more nostro etiam solemnes conclusionum formulae usurpantur, prout nonnullas earum conceptas habes apud Merul. *lib.* 4. *dist.* 4. *sect.* 3. *tit.* 1. *c.* 2.

(*q*) Teste Festo in verbo contestari; adde Cujac. 9. *obs.* 21. Pet. Fab. 2. *semest.* 24 Raev. *pro trib.* 11.

(*r*) Hinc factum, ut haec in usu juris idem exprimant post litem contestatam, & post judicium acceptum.

(*s*) Dato enim Judice, & judicio ordinato, utraque pars sibi invicem denunciabat, ut ad Judicem datum veniret, & ad eos, qui tribunal adsistebant, haec verba pronunciabat: testes estote, &c. ut ex Ascon. refert Raev. *d. loc.* Apud Praetorem igitur contestatio fiebat, cum lite demum contestata officium Judicis inciperet. *leg. si reus*, 73. *&* *similib. de proc.* Obrech. *tract. de lit. contest.* c. 4. n. 2.

(*t*) *l.* 2. §. 3. *l.* 3. *sed etsi*, 52. *de jud.* Cic in *partit.* ex quo est, quod judicio dicitur contrahi. *l.* 3. §. *idem scribit*, *de pec.*

(*u*) *Tit.* C. *de form. & imp. act. subl.* Testationis quoque necessitatem sublatam esse facile intelligi potest ex *l. un.* C. *h. t.*

(*x*) Prima judicii pars, si eam vocem proprie accipias. Gall. 1. *obs.* 74. vid. *supra cap.* 1. quae omissa processum vitiat; DD. passim; excepto, si causa talis, ut litis contestationem non requirat, cujus generis nonnullae recensentur a DD. Mynsing. 1. *obs.* 1. *&* 3. *obs.* 74. Gail. 1. *obs.* 75. *&* *du. seqq.* Obrecht. *d. tr.* c. 4. *num.* 26. *&* *seqq.* Merul. *lib.* 4 *dist.* 4. *sect.* 3. *tit.* 6. *c.* 2.

(*y*) *d. l. un.* C. *hoc tit.* Quae cum sit Severi, & Antonini, apparet jam tum veterem contestationem in usu non fuisse. Quid sit litis contestatio, convenienter nostro stylo definit Gloss. in *cap. un. ext. hoc tit.* Merul. *d. loc. cap.* 1. Effecta litis contestationis summatim collegit Gail. *d. loc.* n. 4. *&* *seqq.* Obrecht. *d. tr. cap. ultim.* Merul. *d. loc.* c. 5.

utrum res ipso jure defendatur, an per (z) exceptionem dumtaxat. Qui ipso jure non tenetur, puta si aut nulla præcesserit obligatio, aut quæ prius fuerat, jure sublata sit, huic sufficit initio dicere se non teneri, & causam, cur non teneatur, quandoque ante sententiam (a) allegare. Quod si exceptionem tantum reus habeat, ea non proderit reo ad liberationem, nisi judicio fuerit inclusa. Includitur autem judicio aliter in strictis, aliter in bonæ fidei judiciis. In strictis, ut in judicium deducatur, initio litis contestanda est. Non auditur reus, si omissam initio, postea, quamvis ante rem judicatam velit (b) opponere. In judiciis bonæ fidei verba ipsa judicii dati exceptionem tacite (c) includunt, ut perinde hic liberetur reus, ac si ipso jure non deberet. Quæ de exceptione dicta sunt, eadem & ad replicationes, ceterasque defensiones pertinent.

CAPUT VIII.

Constituto judicio quæ sint partes Judicis; & in his, quæ ad religiose judicandum pertinent; tum de prohibita sequestratione pecuniæ.

Constituto judicio, quod hodie fieri per litis contestationem diximus, statim res subjicitur cognitioni Judicis; de cujus officio porro videndum. Ea, quæ Judici pro officio imponuntur, partim per se ad judicandum sunt necessaria, partim ad religiose judicandum utilia. De his converso ordine, prout in judicio agenda sunt, dicemus. Posterioris igitur generis sunt hæc duo: unum, ut Judex non aliter de causa cognoscat, & judicet, nisi sacrosanctis Scripturis ante sedem judicialem positis, quo præsentem recordetur eum Judicem, a quo ipse aliquando (d) judicabitur; alterum, ut initio litis & se, & litigatores, eorumque Advocatos certa jurisjurandi religione obstringat; se quidem, ut juret, omnia se ex vero, & legibus (e) judicaturum; litigatores, ut actor juret, se non calumniæ causa litem intendere; reus, se non calumniæ causa ad inficias (f) ire; pariter ambo, nihil se maliciose in posterum (g) molituros; utriusque partis patronos, ut in ipsa litis contestatione, tactis sacrosanctis Evangeliis, jurent, se integro animo defensionem clientis sui suscipere, nec falsi patrocinii sibi conscios esse, nullam se operam, nullumque studium in clientis sui causa intermissuros; denique si quid malitiose, aut improbe fingi in ea postea deprehenderint, ejus se patrocinium (h) omissuros. Hæc omnia, quo judicium recte, & religiose peragatur. Quæ eodem pertinentia apud nos constituta sunt, hodieque servantur, satis cuique sunt (i) obvia.

Per se, & proprie ad judicandum pertinent hæc tria: primum, ut pendente lite Judex nihil innovet; secundum, ut causam diligenter cognoscat; tertium, ut causa cognita sententiam ferat. Primum, quod Judici injungitur, est, ut pendente lite nihil in ea re, de qua lis est, innovet, sed integra utriusque partis jura (k) custodiat. Hinc de sequestratione rei controversæ quæsitum, an non saltem Judex pecuniam petitam sequestro poni jubere possit. Repetamus rem paulo altius. Sequester dicitur, apud quem vel litigatores, vel Judex rem, de qua controversia est, deposuerunt ea lege, ut ei, qui vicisset, redderetur. Hinc apparet duo esse genera sequestrationis: unam voluntariam, cum res litigiosa volun-

(z) Notavi *sup. lib.* 3. simplicem facti inficiationem exceptionem non esse, de quo fere convenit, teste Covarr. in *cap. possessor malæ fid. par.* 1. *rel. pr. n.* 5. ac ne eam quidem defensionem, exceptionem nostris dici, quæ actionem ipso jure sublatam arguit; quamvis a DD. vulgo exceptio vocetur, sed facti, seu intentionis.

(a) Et probare *l.* 1. C. *de probat.* Alioqui quomodo Judex jura nostra intelliget, nisi allegemus?

(b) Text. in *l.* 9. C. *de præsc. long. tem. l.* 8. & *seq.* C. *de exc.* quæ & mens Pauli in *l.* 27. §. 2. *de pact. in verb.* Quia in stipulationibus jus continetur, in pactis factum versatur. Don. in *l.* 5. C. *de pact. num.* 6. Coras. 2. *misc. ib. n.* 12.

(c) *l.* 3. *de resc. vend.* Nisi tamen quandoque allegetur, prodesse non poterit, cum & solutio ipsa allegANDA, uti diximus; facit *l.* 38. & *l. ult. de her. pet.* Repete *c.* 51. *lib.* 3.

(d) *l.* 14. *in pr. vers. & generaliter*, C. *de jud.* Nov. 90. *cap. ult. in fin.* Qui ritus in desuetudinem abiit; sed in usum revocari oportere scribit Sichar. ad *l.* 2. *in pr.* C. *de jur. propt. cal. n.* 1.

(e) *d. l.* 14. *in pr.* Olim in singulas causas Judices Sacramenti religione obstringebantur. Hodie vero unicum tantum jusjurandum dant in ingressu muneris, quod in causis singulis pro repetito habetur. *argum. Auth. hoc sacramentum*, Cod. *de jur. propt. cal.* VVesemb. ad *tit.* C. *de ord. jud. n.* 4.

(f) *l.* 2. *in fin. pr.* C. *de jur. propt. cal.* §. 1. *Instit. de pœn. tem. lit. d.* Nov. 90. *cap. ultim.* Plura de juramento calumniæ (quod more nostri fori non præcise exigitur) vid. apud Gail. 1. *obs.* 63. & *sex seqq.* Damhoud. *prax. civ.* 151. Merul. *lib.* 4. *distinct.* 1. *sect.* 3. *tit.* 18. An reus criminis alicujus teneatur jurare de calumnia, vid. Clar. *pract. crim.* §. *fin. q.* 45. *numer.* 9. Gomes. *var. resolut.* 3. *cap.* 13. *numer.* 5. & *in not. dict. loc.* Eman. Suarez.

(g) Quod cautum propter rationes, & instrumenta, quæ edi postulantur. *d.* Nov. 90. *c. ult. in pr.* Damhoud. *d. loc. n.* 10.

(h) *dict. l.* 2. *in pr.* Cod. *de jur. propt. cal. l.* 14. §. 1. *de jud.* Ceterum more nostro Advocati non in singulis causis jusjurandum præstant, sed cum designantur in universum jurare promittunt, quæ jurisjurandi in hoc concepti formula continentur, quod tamen quotannis statis temporibus renovant. Vid. *artic.* 61. *Instr. cur. Hollan.*

(i) Adi Merul. *lib.* 3. *dist.* 2. *tit.* 11. *ord. Cam. Imp. p.* 1. *tit.* 62. & 64.

(k) Ext. *ut lite pend. nih. innovet. argum. l. un. nih. innov. app. pend.* Nantizasatio, seu consignatio pecuniæ petitæ, quæ ex causa hodie decernitur, non juris est, sed consuetudinis. Damhoud. *prax. civ. cap.* 7. *numer.* 2. *de attent. lit. pendent.* fuse Lancellot. *p.* 1. *cap.* 4.

voluntate duorum, aut plurium litigantium ea, qua diximus, lege apud aliquem (*l*) deponitur; alteram, cum idem fit a solo Judice, altera parte etiam (*m*) invita. Prior non est hujus loci; sola posterior ad officium Judicis, de quo nunc agimus, pertinet. Quæritur ergo, an Judex, postulante actore, interim dum lis pendet, rem controversam sequestro collocare possit, quo ea victori post sententiam reddatur: & de eo ita (*n*) cautum: Quoties ex contractu pecunia postulatur, sequestrationis necessitas conquiescat. Hæc definitio tria complectitur: prohibitionem sequestrationis; causas, in quibus; & res, quarum sequestratio prohibetur. Quod ad primum attinet, vetatur Judex reo necessitatem imponere pecuniæ sequestrandæ; unde satis intelligitur, non prohiberi sequestrationem inter volentes. Duo reliqua ex ratione prohibitionis sumenda. Ratio prohibitionis hæc est, quia oportet debitorem primo convinci, convictum deinde, & condemnatum remediis juris ad solutionem urgeri; quam rem non solum juris (*o*) ratio, sed & ipsa (*p*) æquitas persuadet. Hæc ratio, atque hæc æquitas ad omnes debitores ex æquo pertinet; proinde sive ex contractu agatur, de quo definitio concepta est, sive ex alia debiti (*q*) causa, non est cogendus debitor pecuniam, quæ petitur, sequestrare. Ex hac ipsa ratione simul intelligitur, quid pecuniæ appellatione contineatur, nimirum non pecunia numerata tantum, sed etiam quævis alia res, sive ea mobilis sit, sive (*r*) soli.

Ceterum hoc jus in actionibus in personam constitutum est dumtaxat. In actionibus vero in rem interdum rei petitæ, interdum fructuum sequestratio admittitur. In his autem refert in re petita, utrum res immobilis, an mobilis petatur. Res immobilis nunquam (*s*) sequestratur; at rei mobilis sequestratio tribus in causis recepta. Primum in causa liberali, de qua dum cognoscitur, placet servi, qui in libertatem proclamat, peculium omne sequestri (*t*) committi. Secundo, si persona possessoris suspecta sit, nec (*u*) satisdet. Tertio, si debitor jam condemnatus ab exequutione (*x*) appellet. Fructuum etiam rei immobilis sequestratio tribus itidem de causis admissa: si fructus rei periclitentur, idest dissipentur a (*y*) possessore; si possessor condemnatus ab exequutione (*z*) appellet; si colonus, qui ante agrum possidebat, ut colonus, postea cœpit possidere ut (*a*) dominus. Jure canonico etiam possessionis sequestratio recepta, ut in interdicto uti possidetis (*b*).

CAPUT IX.

De causæ cognitione.

PRæcipue vero ad officium Judicis spectant, & cominus id contingunt, causæ cognitio, & judicatio. Causæ cognitio ordine naturæ præcedit, & actionis judiciariæ tertia pars est. Ea quid sit, & quibus rebus constet, videamus. Causam cognoscere est rem, quæ in judicio versatur, disceptare, ac discutere, examinareque, verum ne sit, an falsum, quod dicitur, æquum, an iniquum, quod (*c*) petitur. Cognoscitur autem causa ex iis, quæ a litigatoribus allegantur, probanturque. Primo igitur litigatores audiendi, inde expendenda, quæ ad probationem afferuntur, neque id perfunctorie, aut summatim, ut fit aliquando, cum de re aliqua non ex professo agitur, sed dumtaxat per occasionem, ubi Judex præsentem probationem sequens, id, quod contra affertur, si altiorem quæstionem habeat, in aliud tempus rejicere (*d*) solet; verum, ut in vero, & justo judicio, adhibita plena, & justa inquisi-

(*l*) *l. 6. depos. l. sequester*, 110. *de verb. sign.* & ibi Goed. *n.* 2. *&* *de sequestr. c.* 1. *n.* 79.

(*m*) *l. 7. §. ult. qui satisd. cog. l. un. C. h. tit. de proh seq. pec. cap. 1. ext. de sequestr. poss. Clem. un. eod.* Huic sequestrationi affinis est arrestatio, seu manus injectio, quæ tam rebus, quam personis convenit. Extat de arrestis tractat. Gail. & Peccii *de jur. sistend. & man. injectione*, quos adi.

(*n*) In *d. l. un. C. de sequestr. pecun.*

(*o*) Nempe ordo judiciorum, qui præscribitur in *l. negantes*, *Cod. de obl. & act. l. 1. C. de exe. rei jud.*

(*p*) Tum quia nondum constat, utrum affirmatio actoris vera sit, ut iniquum sit propter eam quid in jure debitoris minui, tum quia in pari causa reus potior, per vulgata.

(*q*) Ad hæc quoties lege aliquid constituitur de eo, quod ex contractu est, toties omnis obligatio, quæ etiam ex aliis causis nascitur, pro contractu habetur. *l. 20. de jud.*

(*r*) *l. pecunia*, 178. *in pr. de verb. sign.* Don. in *rubr. C. hoc tit. n.* 4.

(*s*) Quia periculum non est, ne eam debitor auferat.

(*t*) *L. un. §. 1. C. de assert. toll.* Nam cum uterque hic petitor sit, neuter debet frui commodo possessionis.

(*u*) *l. 7. §. ult. qui satisd. cog. l. 16. in fin. de off. præs.* De fuga autem suspectus videtur, qui non possidet immobilia. *argum. l. 15. qui satisd. cog.* Damhoud. *prax. civ. c. 72. n. 7.*

(*x*) Ne scilicet debitor malitiose hac appellatione abutatur ad rem retinendam. *l. 5. C. quorum appell. non rec.*

(*y*) *l. 21. §. ult. de appell. cap. 3. ext. de sequest. poss. & fruct.*

(*z*) *d. l. 5. Cod. quor. appell. non rec. c. 2. & 3. ext. hoc tit.*

(*a*) *l. litibus*, 20. C. *de agricol. & censit. lib.* 11.

(*b*) *c. examinatam*, 15. *de jud. c. 7. de confirmat. util. vel inutil.* Adeant studiosi Goed. in *hunc tit. Decretal.* Gail. 1. *obs.* 147. *& seq.* Myns. 1. *obs.* 11. *& 5. obs.* 35. Damhoud. *prax. civ. c.* 72.

(*c*) Causæ cognitio, quæ & disquisitio, examen, ac disceptatio, in duabus rebus consistit, ut Judex negotii veritatem examinet, deinde & justitiam, quorum alterum ad factum refertur, alterum ad jus. *l. 3. de in int. rest.*

(*d*) Exemp. in *l. 3. §. causæ, de Carb. ed.* add. Don. ad *l. 15. §. 4. de re judic.* De causis summarii judicii, & perfunctoriæ cognitionis consule Vestrium *pract. aulæ Rom. lib. 5. c. 1. & seqq.* Damhoud. *prax. civ. c. 22. & seqq.* Myns. 3. *obs.* 79. *& 6. obs.* 16.

quisitione. Est autem plena, & justa inquisitio, & cognitio, cùm Judex nihil eorum, quæ ad intentionem actoris, & defensionem rei pertinentia afferuntur, quæque judicii natura non repudiat, prætermittit, quin audiat (*e*) cognoscatque intra tempora ad agendum constituta. In eo hunc servabit ordinem: Primum actorem, ejusve patronos audiet; cujus intentio si negabitur, instrumenta, si qua ab eo proferentur, inspiciet, testimonia cognoscet. Hoc facto, reo respondendi, & pro se dicendi dabit locum, eique eorum, quæ ab actore objecta sunt, & probata, copiam fieri curabit, data potestate impugnandi, quæ videbitur. Hinc iterum ad actorem se convertet, eique vicissim, si quid contra intentionem ejus a reo allegabitur, præstari (*f*) jubebit. Denique utrinque pro se dicentem eousque audiet, donec ambo interrogati respondeant, se nihil amplius adjicere velle (*g*).

Ceterum plena cognitio non eo minus habenda est, etsi Judex aliquando allegationem alterius e litigatoribus non admiserit; nam jubetur quidem Judex rei qualitatem discutere, omniaque, quæ afferuntur, expendere; iis tamen conditionibus, quæ superiore definitione continentur, si rei se habere quid dicant, quod & afferant, si id natura judicii admittat, si potestate dicendi facta, ea utantur intra tempora præstituta. Fac ergo reum initio dicere, se inficiatione sola, aut confutatione sua contentum esse, non est, quod expectet Judex, cui ille renunciavit. Sed neque omne judicium omnes defensiones semper admittit; nam strictorum judiciorum eam esse naturam (*h*) supra ostendimus, ut exceptiones initio litis non contestatas repudient. Postremo & tempus constitui oportet, intra quod audiantur, quoque elapso non sit amplius dicendi locus. Id una in re certum, cum altero allegationibus suis renunciante, alter lite jam prope confecta dicit, se habere, quod adjiciat; quam ad rem unus ei mensis indulgetur, eoque exacto, alter, deinde & tertius sine ulla causæ (*i*) cognitione. Quod qua ratione constitutum sit, parum (*k*) liquet. In ceteris res committitur moderationi Judicis, ut is, causa cognita, pro conditione rei dilationem det, vel deneget, qua de re cap. seq.

C A P U T X.

De dilationibus, & feriis.

Igitur prout res quæque postulare videbitur, ita Judex, causa (*l*) cognita, ad rem gerendam aut dabit, aut denegabit dilationem. In eo hæc fere sunt, quæ de officio Judicis quærantur: quando postulanti dilatio danda: quanta, an sæpius; quo loco; qui dies in dilatione numerentur. Principio hoc statuatur, non esse dandam dilationem, nisi cum ad rem gerendam necessaria est. Quid enim si quis interrogetur de facto, aut contractu suo? At finge nos interrogari de facto alieno, aut probatione opus esse in nostro, hic ut rei gerendæ necessitas dilationem flagitat, ita plane semper dabitur, nisi nominatim jus vetet dari. Vetat autem duabus in causis: una est, si quis rescriptum ad extraordinarium Judicem reportavit, & ad suum vocatus, dilationem, & ad id proferendum (*m*) petat; altera, si acta prope finem temporis, quod actioni lege præstitutum est, ultra id tempus dilationem postulet; sibi enim imputare debet, quod litem non ante intulerit. Defensori vero, per quem non stat, quominus lite pulsetur, dilationis suffragium non est (*n*) denegandum. Ut autem necessitas rei gerendæ dilationem ab initio introducit, ita & modum ei facit; nempe ergo nihil amplius ei dabitur, quam ad negotium transigendum opus esse Judex æstimabit. Ubi autem locorum distantia dilationem inducit, certum spatium, quod Judici excedere (*o*) non licet, pro varietate locorum constitutum est. Data autem dilatione, quæritur, an alia iterum, & sæpius tribui possit. Et placet in causis pecuniariis plus quam semel dilationem dari

(*e*) *l. 9. C. de jud.* ubi Sichard. Hic statum controversiæ pervestigare, & si plures incidant, primarium in primis judicii, & artis est.

(*f*) Qui se foro parant, adhibeant Damhoud. *prax. civ. cap.* 152. *& du. seqq.* Gail. 2. *obser.* 79. *& tr. seqq.* Mynf. 1. *obs.* 86. 2. *obs.* 55. *&* 90. *&* 5. *obs.* 54. *&* 6. *obser.* 81. 89. 92. ubi tractant de usu positionum, & articulorum, quem jure Rom. ignotum introduxit consuetudo.

(*g*) *Arg. d. l. 9. C. de jud.* Ubi autem utrinque probationibus, & allegationibus renunciatum est, conclusum in causa dicitur. *cap. pastoralis, §. de eo poss. & propr.* nec postea novæ probationes admittuntur. Inspice Damhoud. *prax. civ.* 191. Gail. 1. *obs.* 107. Mynf. 5. *obs.* 17. Hodie certus allegationibus modus statutus, ut notavi *cap. ult. lib.* 3.

(*h*) *cap.* 7. *hujus libri, item cap.* 51. *lib.* 3. ubi & quid ex communi sententia obtineat, indicamus.

(*i*) Nov. 115. *cap.* 2. unde *Auth. jubemus*, Cod. *de jud.* convenit *Auth. qui semel*, C. *quom. & quand. jud.*

(*k*) Declarat tamen Justinian. se illud constituere improbitatis litigatoris pervincendæ causa, & simul hoc velle, ut tribus illis mensibus exactis, Judex omnimodo sententiam ferat, add. Sichard. in *d. Auth. jubemus n.* 1.

(*l*) *l. 7. ff. h. t. de feriis, & dilationibus, l. 1. l. 4 C. eod. de dilat.* In causæ cognitione quid Judici considerandum, Sich. in *d. l. 1. n. 7. &* 12.

(*m*) Illi vero, qui in judicium vocatur, danda est ad improbanda precum mendacia &c. *l. 2. Cod. hoc tit.* & ibi ratio.

(*n*) Ratio differentiæ redditur a Constantio in *l. 6. in pr. & §. 2. C. de temp. in integ. restit.*

(*o*) *d. l. 1. C. h. t.* Non dubito autem quin brevius statui possit pro loci propinquitate. Quid enim si ex eadem urbe testes, aut instrumenta petantur? Quid si ex eadem quidem Provincia, sed ex loco finitimo?

dari (*p*) non posse; in capitalibus autem, excepto crimine adulterii, tres reo, accusatori (*q*) duas dilationes dari; sed utrumque causa cognita, ut Judex æstimet, semper ne ita fieri debeat, an vero causa sit, cur vel in capitalibus plures denegentur, vel in pecuniariis data prorogetur. Equidem tres causas reperio, ob quas etiam in pecuniariis dilatio iterum postulata indulgeatur; si quis casus (*r*) obstitit, quominus negotium intra primam dilationem perageretur; altera, si id factum sit justa postulantis ignorantia, veluti si defuncto dilatio data sit, nam hæres justam habere causam ignorantiæ (*s*) existimatur; tertia, cum justus dolor postea incidens non patitur nos de rebus nostris serio (*t*) cogitare. Illud omnium causarum commune est, quod dilationis prorogationem postulans non audiatur, si per eum steterit, quominus constituto tempore uteretur. Solum hoc interest, quod in capitalibus adversarius, qui culpam petenti objicit, eam ipse probare debeat; in pecuniariis vero, sicut causæ iterum postulandæ dilationis ab eo, qui postulat, afferri debent, ita & (*u*) probari. Quo loco danda sit dilatio jam sua sponte intelligitur; nam si non datur nisi causa cognita, consequens est, pro tribunali dumtaxat eam recte dari; quod & diserte (*x*) constitutum est. Proinde aperte contra jus facit Judex, si alibi, quam pro tribunali dilationem dederit, vel denegaverit; poteritque qui alibi datam contempsit, aliam pro tribunali petere, & cui denegata est, causam impune non exequi; & si Judex nihilominus postea sententiam dixerit, ea tamquam causa non cognita lata nullius momenti habebitur. Non æque autem expeditum est, quo remedio litigatoribus consulatur, si Judex pro tribunali quidem, sed injuste dilationem denegaverit. Equidem non video, quo pacto ante sententiam hæc injuria vitari possit. Dicendum ergo est expectandam esse sententiam, eamque aut appellatione corrigendam, aut agendum (*y*) actione in factum, prodita adversus Judicem, qui male judicavit. At quid si dederit, ubi opus non est, aut justo largiorem; & si quidem damnum aliquod propter dilationem senserit adversarius, eadem hic remedia; si tempus ad judicia exercenda idcirco exierit, pœna nominatim (*z*) constituta est. Superest, ut dilatione data videamus, qui dies in ea numerentur, ne qua forte dubitatio sit propter ferias. De eo igitur sic breviter constitutum est, feriæ sive repentinæ sint, sive solemnes, dilationum temporibus non excipiantur, sed his connumerentur (*a*).

Feriis magna est cum dilationibus cognatio, ea res nos facile excusabit, quod hoc (*b*) loco, tametsi alioqui minus idoneo, de feriis disputemus. Feriæ (*c*) dicuntur dies, qui publicam, vel a negotiis omnibus, vel a litigando, & judiciis remissionem habent; quas condere hodie nulli præter (*d*) Principem licet. Earum duo genera; quædam enim sacræ sunt, & cultui divino dicatæ; quædam profanæ, & ad hominum utilitatem institutæ: earumque omnium quædam extraordinariæ sunt, & temporales; quædam solemnes, & perpetuæ; illæ nullo certo jure continentur, sed pro re (*e*) nata extra ordinem inducuntur; harum tempora certo jure constituta sunt, & sine ulla nova Principis constitutione recurrunt. Genera solemnium feriarum quatuor: Primum est dierum festorum, qui honori Dei dicati (*f*) sunt.

Pro-

(*p*) *l. 7. & l. ult. h. t.* nisi urgentissima ratione flagitante. *l. 1. in fin. C. eod.* Quod pragmaticis paradoxon videri potest. Hinc tamen tradunt, dilationem probatoriam omnem peremptoriam esse. Gail. 1. *obs.* 91. *n.* 2.

(*q*) *d. l. ult. hoc tit.* junct. *l. in crimine*, 40. *ad l. Jul. de adult.*

(*r*) Puta si proficiscentem ad testes quærendos, vel instrumenta valetudo, vel vis impedivit, per *l. 2. §. 3. si quis caut. l. 6. §. ult. l. 7. in pr. de edend.* in quo numero & casu *l. 36. de jud.*

(*s*) *d. l. 7. hoc tit.* junct. *l. qui in alterius*, 42. *de reg. jur.*

(*t*) Veluti si litigator filium, uxorem, parentem, &c. amisit. d. *l. 36. de jud.* Idem dici potest, si quis horum in graviorem morbum inciderit, cujus curationem negligere periculosum.

(*u*) Juxta regulam juris *l. 2. de prob.*

(*x*) *l. 4. C. h. t.* facit *l. 3. §. pen. de bon. poss. l. ubicumque*, 105. *de reg. jur.*

(*y*) *Arg. l. ult. de extr. cogn.*

(*z*) *l. properandum, §. sin autem utraque, C. de jud.* Plura de hac materia juxta jus antiquum Duar. *com. ad hunc tit.*, juxta usum fori. Sichar. *ad rubr. & ll. C. hoc tit.* Damboud. *prax. civ. c.* 114. *& seqq.* add. Gail. 1. *observ.* 91. Myns. 1. *observ.* 71. *& seq.* Merul. *lib.* 4. *pag.* 409. *& seq.*

(*a*) *l. 3. C. h. t.* Confer Gail. 1. *obs.* 130. *n.* 4. *& seq.* An autem dies termini (sic loquuntur) in ipso termino continetur? negativam communem, & in camera receptam refert Myns. 5. *obs.* 15. Sciendum vero more Rom. diem a media nocte incipere, &c. *l. 8. h. tit.* ubi vide quæ notat Gothof.

(*b*) Quod & in ff. & C. factum est; propterea quod feriæ dilationis quædam species sunt. *l. 7. C. hoc tit. de feriis.*

(*c*) Feriæ dictæ a ferendis hostiis, teste Festo *lib.* 6. Omnes autem dies, præter feriatos, juridici. *d. l. 7.* qui & communes. *l. 2. C. de statuis, & imag.* & judiciarii, item dies sessionum. *l. 2. §. 1. qui. ord. in bon. poss.* Olim fasti, quibus oppositi nefasti. Ovid. 1. *Fast.* Macrob. 1. *Saturn.* 16. Turneb. 30. *adverf.* 35.

(*d*) *l. 4. C. h. t.* cui non obstat *l. 5. ff. eod. l. 7. in pr. de off. proc.* Aliud enim est ferias condere; aliud condictas, prout usus cujusque regionis fert, aut citius, aut tardius indicere. VVesemb. *par. h. t. n.* 4.

(*e*) Vel ob res prospere gestas, vel in honorem Principis, vel ob cladem, aut calamitatem publicam. *l. 1. l. 4. C. eod. l. 26. §. si feriæ, quib. ex ca. maj.* A Macrobio dicuntur imperativæ. Talis apud nos indictio jejunii, & precum. Merul. *lib.* 4. *fol.* 209.

(*f*) *l. 2. l. 7. & ult. C. hoc t. e. ult. extr. eod.* Festis diebus opponuntur profesti. Macrob. *d. loc.* quorum significatio latior, quam nefastorum; ut contra strictior festorum, quam feriarum. Qui dies festi apud nos recepti, satis notum. De reliquis quoque feriis anniversariis expresse cautum. Vid. Merul. *d. loc.*

Proximum eorum, qui destinati sunt ad memoriam alicujus facti (*g*) celebrandam. Tertium est messium, & vindemiarum, quo tempore, ut esset otium ad fructus colligendos publica suasit (*h*) utilitas. Quartum genus est nundinarum, quæ auctoritate (*i*) Principis exercentur, quibus hoc datum, ne intra nundinarum dies eo loco, in quo exercentur, quisquam eorum conveniri possit, qui aliunde in eum locum (*k*) venerit. Primi, & secundi generis hæc conditio, ut quæ ad lites consensu, puta transactione, aut pactis, dirimendas faciunt, ea his diebus interposita (*l*) rata sint, sicut & nonnullæ, quæ sunt voluntariæ jurisdictionis, ut emancipatio (*m*), adoptio; reliquæ causæ, & lites omnino quiescere (*n*) debeant, excepto si quid adversus latrones (*o*) inquiratur. Reliquarum feriarum, quæ ad privatam utilitatem comparatæ sunt, causa dissimilis; nam & valere placet, si quid ex voluntate partium actum, judicatumve (*p*) sit tempore messis, aut vindemiarum, & certis in causis etiam adversus invitos agi posse, quod tributum est causis (*q*) fiscalibus, libertati, ceterisque causis omnibus hac conditione, si res moram non (*r*) ferat. De nundinis tantumdem dixerim. Sane non omnibus, qui ibi agunt, ubi nundinæ exercentur, datur, ne ibi tempore mercatus conveniantur, sed dumtaxat ad nundinas concurrentibus. Sed neque omnium rerum exactio, cognitiove eo tempore inhibetur; sed privati tantum debiti (*ſ*).

CAPUT XI.

De transactionibus.

Lite instituta, datisque dilationibus, necesse est ad fidem Judici faciendam, ut litigatores probationibus se instruant, muniantque, nisi alia potius ratione, quam judicio, etiam tum litem decidi consultius arbitrentur. Fieri enim potest, ut cum ad probationes ventum est, quæ suas difficultates, sua incommoda sæpe habent †, transactione, aut jurejurando litem dirimere malint, quam judicio porro contendere. Et nobis igitur prius, quam ad probationes accedamus, quo alioqui ipse ordo nos ducit, concessum erit, de transactione, & jurejurando, quæ duo sunt præter judicium litis finiendæ genera, differere. Ceterum de transactione dicam brevius, quod neque ejus explicatio ad ordinem judiciorum magnopere pertinet, & usum habet frequentiorem, antequam ad judicium eatur. Fusius paulo, & accuratius de jurejurando, utpote quod & judicio plerumque interponitur, & vicem obtinet probationis. Igitur de transactione tria hæc obiter quæremus: quid sit; quam vim habeat; quid a ceteris pactionibus differat.

Transigere est litem dubiam, quæ vel sit, vel in futurum metuatur, consensu terminare, dato aliquo, seu promisso, aut retento. Primum docet hæc definitio, non de quovis negotio transigere nos posse, sed de re dubia tantum, de qua aut jam lis sit, aut metuatur (*t*) futura. Secundo litem inter transigentes terminari (*u*) consensu; quibus verbis transactio separatur a re judicata, & (*x*) jurejurando, quod etiam ab invito exigitur. Consensu lis finitur dupliciter: pacto, & (*y*) acceptilatione; unde & totidem transigendi modi. Tertio ex superiore definitione intelligimus, litem finiri certa conditione, nempe ut litem remittens vicissim quid eo nomine accipiat, sive nunc ei detur, sive promittatur; nullo dato, vel retento, seu promisso transactionem non procedere (*z*).

Vis, & potestas transactionis eadem fere, quæ ceterarum conventionum; sive enim quæratur,

(*g*) Exempla in *d. l. 7. circa fin. d. l. ult.* C. *h. tit.*

(*h*) *l. 1. in pr. hoc tit.* Hasce ferias rusticas vocant Damboud. *prax. civ.* 119. *num.* 9. VVesemb. *par. hoc tit. num.* 3.

(*i*) Aut veterum indulto, idest, longa consuetudine. *L. un.* C. *de nund. & mercat.* Recte autem nundinas inter genera feriarum numeramus, ut Macrob. *d. loc.*

(*k*) *d. l. un.* Excluduntur autem ab hac immunitate, qui in ipsis nundinis contraxerunt. Vid. Peck. *de jur. sist. cap.* 10.

(*l*) *l. ult.* C. *hoc tit.* add. Gail. 1. *obs.* 53. n. 10.

(*m*) *l. 2. & l. 8.* C. *eod.* Non quia hæc voluntariæ jurisdictionis, ut plerique existimant, qui idem statuunt in omnibus ejusdem generis; sed quia beneficii, & liberalitatis.

(*n*) Ita ut irritum, quod per eos dies actum, judicatum, quamvis volentibus litigatoribus. *d. l. 2. l. ult. Cod. hoc tit.* Marant. *p.* 4. *dist. jud.* 16. *n.* 81. *& seqq.* Gail. 1. *obs.* 53. *n.* 16. Zaf. *par. hoc tit. n.* 6.

(*o*) *l. pen. Cod. hoc tit.* ubi ratio, DD. nostri plures causas excipiunt, de quo vid. Gail. *d. loc.* n. 23. Scacc. 2. *de jud.* 5.

(*p*) *l. 1. §. 1. l. 6. hoc tit. c. ult. ext. eod.* Gail. *d. loc.* n. 16. *& seqq.*

(*q*) Non criminalibus, sed patrimonialibus, ne obstet *l. 12. de pub. jud.*

(*r*) Vid. *l. 5.* C. *l. 1. §. ult. l. 2. & 3. ff. hoc tit. c. ult. ext. de jud.*

(*ſ*) Inspiciatur *d. l. un.* C. *de nundin. & merc.*

† Sed & ad Judicis officium pertinere creditur, quocumque etiam in statu lis sit, concordiam inter partes tentare, modo de causa illi non satis liqueat. Hinc usus comparitionum coram Judice delegato voor Commissaris; de quo Merul. noster *lib. 4. dist. 4. sect. 4. tit. 7. c.* 1.

(*t*) *l. 1. ff. l. 2.* C. *hoc tit.* Hinc transigi nequit de re judicata, &c. ut paulo post dicetur.

(*u*) Hinc consensu terminata pro transactis. *l. Interpositas.* C. *hoc tit.* hinc placitum transactionis. *l. 7.* C. *eod.*

(*x*) Nam judicium redditur in invitum. *l. inter*, 83. §. 1. *de verb. obl.* & is, cui delatum est jusjurandum, aut jurare cogitur, aut jusjurandum referre. *l. manifestæ, de jurejur.*

(*y*) *l. 2. ff. hoc tit.* de quo item plusculа mox.

(*z*) *l. 1. ff. l. transactionem*, 35. *l. transactio*, 38. C. *eod.* Ex quo est, quod decidere veteres usurpant pro transigere; quod apud Cic. est frequentissimum. Hinc, item litis decisio pro transactione. *l. 8. l. 19. l. 27.* C. *eod.* Don. ad *rubr.* C. *eod. c. 1. n.* 9.

vatur, an transactio valeat, placet transactiones bona fide interpositas rescindi (a) non posse: sive cum valeat, quæratur quomodo servetur, nihil plane interest inter transactiones, & conventiones ceteras; nam aut reo transactionem servari volumus, aut actori. Si reo, si quidem ita transactum est, ut petitor, quod petebas, acceptum ferret, ipso jure reus (b) liberabitur; si pacto remisit, exceptio pro communi pactorum lege (c) dabitur. Optimum autem est, vel pacto convento, vel Aquilianæ stipulationi pœnalem stipulationem adjicere, ut metu pœnæ contra transactionem quandoque non (d) veniatur. Si actori, hic aut accepit quid, aut nihil accepit; si accepit, obstabit repetenti exceptio; si nihil accepit, sed cautum est, ut acciperet, si quidem stipulatione, habebit actionem ex stipulatu, si pacto tantum, ex nudo pacto agere non poterit. Plane si præter conventionem causa subsit, puta si rem aliquam, aut liberationem in reum contulit, non est dubitandum, quin præscriptis verbis agere possit (e).

Distat transactio a ceteris conventionibus, tum quod in eam multa incidunt, quæ justam dubitationem moveant, an semper transactioni standum sit, tum quod pleræque transactiones excipiuntur. De pactis, quæ modo bona fide facta sunt, nulla dubitatio est, quin valeant, cum is, qui paciscitur, nulla re cogente paciscatur. In transactione contra, cui metus litis, & rei incertitudo causam præbent, probabiliter dubitari potest, si rei veritas postea detegatur, possitne vel reus, quod dedit, repetere, aut promissum non dare, vel actor, quod remisit, de eo amplius agere. Sed huic dubitationi multis (f) rescriptis occursum est, quorum hæc est sententia: Causas, sive lites transactionibus legitimis finitas resuscitari non oportere, ne quid, de quo bona fide transactum est, sub prætextu instrumenti post reperti, rescindatur: non enim minorem esse transactionum auctoritatem, quam (g) rerum judicatarum. Pactio de re qualibet privata sine fraude interposita rata est; transactionem vero neque res omnis admittit, & cum eam res admittit, interdum propter causam improbatur. Transactionem non recipiunt, res judicata, quæ nullo remedio attentari (h) potest; quod testamento relictum est, nondum inspectis, & cognitis testamenti (i) verbis: alimenta testamento, aut codicillis relicta, quorum futurorum transactio non aliter rata est, quam si auctore Prætore facta sit, nisi alimentarius causam alimentorum meliorem transigendo (k) fecerit. Priora duo, sicut ex superiore definitione intelligi potest, natura sua transactionem non (l) patiuntur, posterioris transactio jure solo prohibita. Porro neque de criminibus publicis, quæ sanguinis pœnam non ingerunt, transigere licet citra falsi accusationem; quamvis de capitalibus, excepto adulterio, transigere, vel pacisci prohibitum non (m) sit. Una causa est, propter quam transactio improbatur, tametsi res alioqui ferat, nempe si ex falsis instrumentis fuerit interposita (n).

De jurejurando.

CAPUT XII.

Qui usus, & effectus jurisjurandi in negotiis gerendis extra litem.

DE jurejurando duæ sunt quæstiones: una de necessitate suscipiendi; altera de vi, & effectu suscepti. De his aliud placuit in his, quæ geruntur extra litem, aliud in lite, & judiciis: Extra litem, in contractibus, & conventionibus nulla cuiquam necessitas jurandi imponitur; in quasi (o) contractibus quibusdam in causis imponitur curatoribus minorum, & sine exceptione omni curatori furiosi, qui pater non sit. Matri, quæ

(a) *l.* 16. *l. sive apud*, 28. C. *eod.* secus est, si dolo malo expressæ. *dict. l.* 19. aut metu extortæ. *l.* 13. *Cod. eod.*

(b) Hæc enim vis acceptilationis in omnibus caussis. *l.* 15. C. *eod.* §. 1. *Inst. quib. mod. toll. obl.*

(c) *l.* 17. *l. siquidem*, 24. *l. si major*, 36. *Cod. eod.* Qua opposita idem tamen assequetur. *l. nihil interest*, *de reg. jur.*

(d) Consilium Pauli in *l.* 15. *ff. hoc tit.* ut rescisso forte pacto, pœna ex stipulatu peti possit.

(e) Vide *l.* 6. *l. si pro fundo*, 33. C. *eod.* junct. *l.* 7. §. 2. *ff. de pact.* Don. ad *d. l.* 6. *n.* 7. *& seqq.* & add. *l.* 33. *n.* 4. *& seqq.*

(f) *l.* 16. *l.* 19. *l.* 20. C. *eod.* Ad quorum pleniorem explicationem vide Gloss. Alciat. Sichard. Don. aut si qui alii suppetunt.

(g) *d. l.* 20. Sed habet hoc postremum duas cautiones: una est, dum res agatur inter eos, inter quos transactum; altera, dum sit vera, perfectaque transactio. Don. ad *d. l.* 20. alioqui interdum major auctoritas rei judicatæ. Alciat. *ibid.* & Sichar. *n.* 2. *& seq.*

(h) *l. eleganter*, 23. *de cond. indeb.* *l.* 7. *l.* 11. *ff.* [illegible] *causam*, 32. C. *hoc tit.* ubi Don. add. Mynsf. 4. *obs.* 14.

(i) *l.* 6. *ff. eod.* Hinc cautela, ut qui transigere vult cum aliquo de re testamento relicta, instrumento transactionis curet inseri cognitio, & perspecto testamento. Sichard. in *l.* 19. C. *eod. n.* 7.

(k) *l.* 7. C. *eod.* Sed plenius de eo cautum oratione D. Marci, quæ fuse explicatur ab Ulp. in *l.* 8. *ff. eod.* ubi item Costal. & DD. item DD. in *d. l.* 7. Duar. *hoc tit. c.* 2. *in fin.* Borcholt. *hic c.* 3. *n.* 28.

(l) Adde Duar. *d. c.* 2. *sect.* 1. Don. ad *rubr.* C. *hoc tit. c.* 4. *n.* 2. *& duo seqq.*

(m) *l. transigere*, 18. C. *hoc tit.* Quæ lex & veterum, & recentiorum scriptis admodum nobilitata est; catalogum eorum habes apud Ant. del Rio.

(n) *l. pen.* C. *eod.* Ex falsis autem instrumentis transigere recte Accurs. interpretatur eum, qui falsis instrumentis ab adversario prolatis, horum metu inductus transigit; quæ hujus transactionis retractandæ via, docet Don. ad *d. l. pen. n.* 3. *& seqq.*

(o) Vide Nov. 72. *l. ult.* §. 5. *Cod. de jur.* *l.* 27. *Cod. de Episc. aud.* *Auth. Sacramentum.* C. *quand. mulier tut.* [illegible]

quæ olim in suscipienda liberorum tutela jurabat, se ad secundas nuptias non venturam, jurandi hæc necessitas remissa. Vis, & effectus hujus jurisjurandi jure civili non multo major; nam ex jurejurando promissorio, nisi legitimum sit, quale est, si libertus patrono juravit, se donum, munus (*p*), operas præstaturum, non magis, quam ex pacto, actio jure civili nascitur, quod si adhibitum fuerit conventionis confirmandæ causa, si conventio ipsa per se valet, nihil ei addit jusjurandum, præterquam quod in transactione, qui contra jusjurandum venit, etiam infamia (*q*) notetur, & quod minor excludatur a beneficio restitutionis in integrum, qui juravit, se pacta servaturum, aut se majorem (*r*) esse. Si non valet per se pactio, nec juramentum, quod hujusmodi pactionis confirmandæ gratia adhibetur (*ſ*) valebit. Sane enim, si conventio ideo non valet, quia natura aut turpis est, aut iniqua, non debet a jurejurando nullum robur accipere, cum jusjurandum non debeat esse vinculum iniquitatis, aut (*t*) turpitudinis. Sed disceptationem habere potest, si lex aliqua civilis conventionem, quæ alioqui ratione objecti per se fit (*u*) ἀδιάφορος, privatæ tantum utilitatis causa valere non patiatur, an ea jurejurando firmata omnino servari debeat. Et si hoc solum quæritur, an tale jusjurandum jure civili sit efficax, aut obligatorium, constanter dicimus, nullam eo jure vim habere, multoque minus confirmare posse contractum, qui jure civili nullius (*x*) momenti sit. Ceterum dicere, ne conscientias quidem religione obstringi ejus juramenti, quod neque iniquum per se, neque contra bonos mores sit, nimis grave est. Certe conscientiæ periculo vel quævis rei privatæ jactura (*y*) posthabenda. Recte ergo & verbo Dei convenienter juramentis omnibus sponte præstitis hæc vis jure canonico tributa est, ut sine exceptione servari debeant, si servata non redundent in alterius præjudicium, nec in dispendium vergant æternæ (*z*) salutis. Ut autem hæc vis sit jurisjurandi in negotiis gerendis adhibiti, nulla tamen in hoc genere jurandi necessitas est, quantumvis postulantis intersit, sibi jurari, & adversarium religione obstringi ad firmandam fidem. Atque hæc causa est, cur nec edicto Prætoris nulla ejus mentio fiat, ac ne nos quidem fecissemus, nisi hoc intelligi ad propositum pertineret, nullam istiusmodi necessitatem in jurejurando extra litem, & judicia quærendam.

CAPUT XIII.

Jurisjurandi in lite, & judiciis usus, & genera: tum de vi jurisjurandi voluntarii.

Diversa causa est jurisjurandi, quod in lite, & judiciis usurpatur; nam & delatum plerumque suscipiendum est, & præstitum omnimodo servandum. De utroque autem, prout est genus jurisjurandi, varie habendum. Jusjurandum in lite duplex: nam aut religionis solius injiciendæ causa interponitur, aut etiam litis, & controversiæ decidendæ. Prius eo pertinet, ut injecto religionis metu excitetur quis ad verum dicendum, & deterreatur a mendacio. Species hujus jurisjurandi in judiciis tres receptæ: calumniæ; testimonii; purgationis. De juramento calumniæ supra diximus (*a*), id initio litis deferri, delatum a litigatoribus, eorumque patronis recusari non posse. Addo nunc, quod interdum etiam postea in parte aliqua litis exigitur, ut ab eo, qui jusjurandum (*b*) defert. Testimonii vero jusjurandum præstatur a testibus prius quam testimonium dicant, de quo pluscu-
la

(*p*) *l. ut jurisjurandi, in pr. & verſ. jurare, de op. libert. l. si quis pro eo, de fidejuſſ.*

(*q*) Et actione privatus, omnique commodo, quod ex ea transactione consequebatur, hoc amplius etiam pœnam pactis insertam præstet. *l. si quis major*, 41. C. *de transact.* quod & in aliis contractibus prodiant DD. teste Salicet. in *d. l. n.* 1.

(*r*) Prius cautum Constitutione Friderici. *Auth. Sacramenta*, Cod. *si adv. vend.* posterius. *l.* 3. *Cod. si min. se maj. dix.*

(*ſ*) *l.* 7. §. *& generaliter, de pact.* Duar. in *pact. comm. ad hunc* tit. C. 1. Cujac. 22. *obſ.* 7 Bronch. 2. *aſſert.* 28. Coraſ. in *l. admonendi*, 32. *hoc tit. num.* 12. Fachin. 3. *cont.* 12. quibus, quatenus assentiendum docebit subjecta distinctio.

(*t*) *cap.* 1. *ext. hoc tit. cap. inter cetera*, 21. *q.* 4. *& similib.* Ut autem Canones loquuntur de eo, quod natura, aut jure gentium iniquum est; ita & de turpi, quod est contra bonos mores juris Canonici. Gail. 2. *obſer.* 39. *n.* 15. *& ſeqq.* Confer Covar. in *cap. quamvis*, *de pact. in* 6. *p.* 2. *in pr. n.* 4. *&* 6. DD. in *Auth. Sacramenta*, C. *si adv. vend.*

(*u*) Exempli gratia, non valet donatio inter conjuges; nec ea, quæ excedit quingentos solidos, nisi actis insinuata sit; lex Julia vetat alienari fundum dotalem, cujus vi mulier alienationem revocare potest; non peccat tamen, qui aut donationes istas, aut alienationem non revocat. Adi Gail. 2. *obſ.* 39. *& ſeq.* ubi & alia exempla huc pertinentia.

(*x*) *l. non dubium.* C. *de legib. l.* 7. §. *& generaliter. ff. de pact. l. si quis inquilinus*, 112. §. *ult. de leg.* 1. adde citatos *lit. S.*

(*y*) Hinc quidam distinguunt inter forum civile, & conscientiæ: ut Treutl. & ab eo allegati *vol.* 1. *diſp.* 6. *th.* 7. in fin. Alii juramentum quidem servandum esse asserunt, sed contractum alioqui invalidum jurejurando non confirmari, & firmum fieri; quod examinat Covar. in *d. c. quamvis*, *p.* 2. §. 1. *n.* 7. in contrariam partem proclivior.

(*z*) *cap. cum contingat*, 28. *extr. hoc tit. d. c. quamvis*, *de pact. in* 6. *cap. non est obligatorium*, *de reg. jur. in* 6. vide omnino Gail. *d. obſ.* 36. *&* 40. *per tot.* De tribus jurisjurandi comitibus, veritate, judicio, & justitia, Jerem. 4. *verſ.* 2. *cap. etsi Christus*, 25. *ext. hoc tit.* Vid. Covar. in *d. cap. quamvis*, *p.* 2. §. 1. *n.* 4. *& du. ſeqq.* Sichard. ad *rubr.* C. *hoc tit. n.* 17.

(*a*) Hujus *lib. c.* 8. adde *c.* 20. *inf.*

(*b*) *l. jusjurandum*, 34. §. 4. *de jurejur.* de cujus selectione eod. *c.* 20.

la inferius cap. 15. Purgationis jusjurandum est, cum reus non (c) convictus purgandi sui causa jurat, rem ita uti dicit, se habere, quod plerique nonnisi in causis arduis, aut criminalibus admitti (d) volunt, cum reus præsumptionibus levioribus, & ad torturam non sufficientibus gravatur. Quamvis autem hæc juramenta præstare necesse est, nihil tamen juranti prosunt ad confirmanda ea, quæ dixit; præstito enim juramento calumniæ, veritati adhuc locus superest in judicio; & testis, quantumvis juratus, falsi coargui potest; ac ne jurejurando purgationis stare actor (e) cogatur, solum hanc vim habent, ut metu religionis a falso jurantem deterreant.

Litis decidendæ causa duplex jusjurandum adhibetur: unum, cui sola litis decisio proposita est absque delicto adversarii; alterum, quod præcipue ob delictum debitori defertur, quod appellatur in litem. Utriusque hæc vis, ut fides juranti habeatur, ac proinde quasi re probata discedatur a (f) lite. Prius præter eam vim, quam diximus, etiam necessitatem jurandi complectitur, ut de hoc genere vere dictum sit, maximum remedium expediendarum litium in usum venisse jurisjurandi (g) religionem. Hinc vero apparet, iisdem illis duabus partibus, ad quas omnis de jurejurando quæstio refertur, etiam hujus tractationem contineri; quæ partes cum ita a prætore in edicto proponantur, & explicentur a Consultis, ut prius agant de vi jurisjurandi suscepti, deinde de ejus suscipiendi necessitate, nos item eumdem ordinem in his explicandis sequemur. De prima parte hæc edicti summa est, Prætorem jusjurandum tueri, & ita tueri, ut, dato jurejurando, nihil aliud quæratur, quam an (h) juratum sit. Vult Prætor jusjurandum servari; ceterum certis conditionibus, certa ratione, ac modo, ut tota hæc de vi hujus jurisjurandi quæstio tribus hisce locis contineatur: primo, ut quæramus de conditionibus, quibus id servari placet; inde de servandi modo; novissime de effectu. Variantur hæc pro genere hujus jurisjurandi. Est vero triplex: voluntarium, judiciale, (i) necessarium. Voluntarium (k) est, quod a parte parti defertur extra judicium. Eam vocem nunc proprie accipio, ut extra judicium jusjurandum deferri intelligatur etiam id, quod in jure apud Prætorem defertur. Id quatuor has conditiones habet: si conditio jurisjurandi delata sit; si ab eo, qui deferendi jus habet; si exinde juratum sit, aut remissum jusjurandum; si juratum sit ex conditione delata. Deferre conditionem jurisjurandi nihil aliud est, quam facere potestatem alicui jurandi hac lege, ut si juratum sit, decisio litis (l) sequatur. Non frustra autem hæc conditio adjicitur; nam præterquam quod iniquum est, quemquam in re sua Judicem, aut testem fieri, facillimus quisque alioqui ad jusjurandum decurrens, sibi exceptionem, aut actionem adversus invitum compararet, suoque facto alter invito jus suum detraheret contra universi juris (m) præcepta. Merito igitur Prætor jusjurandum non tuetur, si juratum est, nemine jusjurandum deferente. Relati jurisjurandi eadem vis, quæ ab initio (n) delati; nam & referendo (o) deferri intelligitur. Tribus reliquis partibus locum separatum assignavimus in cap. proxime sequenti.

CAPUT XIV.

Qui jurisjurandi deferendi jus habeant, tum qui duabus his conditionibus contineantur, si juratum sit, aut remissum jusjurandum, si juratum sit ex eo, quod delatum est.

Secunda conditio exigit, ut deferatur jusjurandum ab eo, qui jure deferre potuit. Potest autem is solus, cui jus est decidendæ, ac remittendæ litis. Hanc autem potestatem habent duo, dominus, cui rerum suarum admini-

(c) Atque ita hic casus specialis est, contra regulam *l. qui accusare, C. de edend.*

(d) *l. 6. §. 4. C. de his, qui ad Eccl. Authen. novo jure, C. de pœn. jud qui mal. jud. tot. tit. ext. de purg. Canon.* frequens hujus usus in causis matrimonialibus. Schneid. in *§. item si quis. Inst. de act. n. 32.* post Gloss. & Panorm. in *c. continebatur, 6. & c. attestationes, ext. de sponsal. impub.* adde Clar. *lib. 5. rec. sent. §. fin. q. 63.*

(e) Ut declaratur in *d. Auth. novo jure, C. de pœn. jud. qui mal. jud.*

(f) *l. 5. in pr. & §. 2. l. 9. §. 1. h. tit.*

(g) *l. 1. eod.* Apostolus ad Hebr. *cap. 6. v. 16.* scribit: *jusjurandum hominibus esse finem omnis controversiæ.* Et Rhadamantum olim omnes lites jurejur. finivisse. Plato *dialog. 11. de legib.*

(h) *d. l. 5. in pr. & §. 2. l. 9. §. 1. eod. §. item si, 11. Inst. de act.*

(i) Leguntur hæc genera in inscriptione hujus *tit. in Pandect.* eaque a DD. vulgo ibi recte explicantur. Zas. *ibid. n. 7.* Damhoud. *prax. civ. c. 179.* VVesemb. *par. eod. n. 7. & seq.* Schneid. ad *§. item si quis, Inst. de act. n. 8. & seqq.* Borch. *hoc tract. c. 2.* Don. *c. ult. h. tit.*

(k) Inde dictum, quod ex voluntate litigantium totum pendet, & ab initio suscipi, vel non suscipi potest. Borch. *d. c. 2. n. 6.* Don. *d. c. ult.*

(l) Deferre, seu ferre conditionem alicui, loquutio latinis usitata, qua significatur offerre certam conditionem implendam, qua impleta, fiat id, de quo controversia erat, ut ferre conditiones pacis Cic. 16. *epist. famil.* 12.

(m) *l. 3. in pr. hoc tit.* junct. *l. 17. de jud. l. 10. de test. l. 2. de his, qui sui, vel al. jur. l. ult. de pact. &c.*

(n) *l. 8 C. hoc tit.* Sunt qui hæc in eo differre volunt, quod a sententia lata ex jurejurando deferens appellare non possit, referens possit, quod reprobat Sich. ad *l. ult. §. 1. C. hoc tit. n. 3. & seqq.*

(o) Nam simplex in composito inest, ut in reddendo dare. *l. 94. de verb. signif.* in substituendo instituere. *l. 1. in pr. de vulg. & pupil.*

administratio adempta non est, & qui in rei alienæ administratione pro dominis habentur, ut tutor; (*p*) curator, (*q*) procurator, servus item, & filiusfam. quibus administratio peculii concessa est in re (*r*) peculiari. Extra hos (*s*) nemo rei transigendæ, aut remittendæ jus habet. Hoc autem inter verum dominum, & administratores interest, quod jusjurandum a domino delatum semper ratum est, & consequenter etiam delatum ab eo, cui vel hoc specialiter dominus mandavit, vel qui in rem suam procurator (*t*) datus est. Tutori autem, & curatori, itemque procuratori, licet universorum bonorum, reliquisque administratoribus non aliter jusjurandum deferre licet, quam si ceteræ probationes (*u*) deficiant. Porro ex his, quæ dicta sunt, apparet in universum jurisjurandi deferendi jus non habere eos, qui neque domini sunt, neque in re aliena pro dominis habentur. Ad hæc ne administratores quidem omnes, cum aliæ probationes suppetunt. Hac amplius, ne dominos quidem ipsos, qui rerum suarum administrationem non habent; quo in numero sunt pupilli, furiosi, prodigi, minores item vigintiquinque annis, omnesque omnino, qui, quod rebus suis ipsi superesse non possunt, curatores accipiunt: denique etiam is, qui cum solvendo non sit, in fraudem creditorum (*x*) defert. Plane furiosus hoc a ceteris distat, quod ne curatore quidem (*y*) auctore jusjurandum deferre possit, ceteri possint ex auctoritate eorum, quorum in tutela aut (*z*) curatione sunt. Minoris curatorem habentis, & pupilli eadem fere ratio est. Sed est inter pupillum, & eum minorem, qui curatorem non habet, nonnulla differentia; existimo enim jusjurandum a pupillo sine tutoris auctoritate delatum ipso jure non (*a*) valere, delatum a minore curatorem non habente valere quidem ipso jure, sed adversus exceptionem jurisjurandi, si captus sit, intra tempora præfinita in integrum restituto replicationem (*b*) dari. Sed etsi quis in fraudem creditorum jusjurandum detulerit, adversus exceptionem jurisjurandi replicatio fraudis creditoribus datur. Præterea si fraudator detulerit jusjurandum creditori, ut juret sibi decem dari oportere, mox bonis ejus venditis experiri velet, aut denegari debet actio, aut exceptio opponitur fraudatorum creditorum (*c*).

Tertia condicio est, si is, cui delatum est (*d*), juraverit, aut ei remissum sit jusjurandum. Voluntas igitur suscepti jurisjurandi nihil ei proderit, quamvis quominus juraret, morte, aut casu aliquo (*e*) prohibitus sit. Est autem jusjurandum, auctore (*f*) M. Tullio, affirmatio religiosa. Religiosa utique, quia est species (*g*) invocationis Dei, qua petitur, ut is, tamquam unicus καρδιογνώστης testimonium det veritati, & jurantem puniat, si sciens fallat. Unde & per Deum solum (*h*) jurandum est, non per ullas creaturas, multoque minus per falsos Deos. Secus qui jurat, id juramentum illicitum est, & improbatæ religionis; ideoque pro eo habendum, ac si juratum (*i*) non esset. Remissi jurisjurandi eadem vis, quæ (*k*) præstiti. Remittit, qui defe-

(*p*) Hi enim & alienare res, & solvi eis potest, & agendo rem in judicium deducunt. *l.* 17. §. 2. *hoc tit. de jurejur.*

(*q*) Cum distinctione tamen, de qua mox.

(*r*) *l. servus*, 20. *& du. seqq. eod.* add. Borch. *cap.* 3. *num.* 36.

(*s*) Nec pater, nec filius, nec conjunctus, qui causam conjuncti agat, aut defendat, quamvis de rato caveat; cum conjuncti in causis, quæ speciale mandatum exigunt, non audiantur. *l.* 27. *in pr. de min.* Sichar. in *l.* 12. *C. d. proc. n.* 11.

(*t*) *d. l.* 17. §. *ult. & du. ll. seqq. h. tit.* add. Schneid. in §. 11. *Inst. de act. n.* 102. *& seq.*

(*u*) *l. tutor*, 35. *in pr. hoc tit.* Quo casu ratum quoque est jusjurandum a tutore delatum, quamvis de prædio, quod lex vetat alienari sine decreto; modo in judicio deferatur auctore Judice. *l.* 1. §. 1. *quar. rer. act. non dat.* Duar. *c.* 30. *hic, & in post. comm. c.* 4.

(*x*) Vid. *dict. l.* 1. §. 1. *l.* 9. *de auct. tut. l.* 5. *de reg. jur. l.* 35. §. 1. *hoc tit. l.* 3. *Cod. de in int. rest. l.* 2. *de cur. fur. l. ult. de bon. poss. fur. inf. l.* 9. §. 5. *hoc tit.*

(*y*) *d. l.* 5. *de reg. jur.* In eadem causa videri potest & prodigus per *d. l.* 5. *l. furiosi*, 40. *de reg. jur.* Sed non per omnia prodigus furioso recte comparatur. *arg. l.* 5. *de acq. hered.*

(*z*) *d. l.* 5. *de reg. jur. l.* 17. 1. §. 1. *hoc tit.*

(*a*) Sive reus sit, sive actor. *d. l.* 1. §. 1. *quar. rer. act. non dat. l.* 4. *Cod. hoc tit. argum. l.* 9. *de auct. tut.* Nec obstat, quod dicitur in *d. l.* 17. §. 1. si pupillus sine tutore auctore detulerit, exceptionem quidem obstaturam, sed replicatum iri. Hoc enim in re controversa locum habet, si adversarius contendat, vel pupillum non esse, vel detulisse tutore auctore.

(*b*) Per *l.* 3. *Cod. de in int. rest. l.* 9. §. *si minor.* ubi Zas. *numer.* 4. *& seqq.* Don. in *dict. l.* 4. *Cod. hoc tit. num.* 11. Duar. in *post. comm. hoc tit. c.* 4. Vide tamen quæ habet Bachov. in *Treutl. vol.* 1. *disp.* 21. *th.* 7. *lit.* D.

(*c*) Hæc in *d. l.* 9. §. *sed etsi*. Denegatur autem actio fraudem confitenti, aut si de fraude controversia sit; sic datur actio, ut exceptio opponatur. *d. l.* 9. *in pr.*

(*d*) *l.* 3. *in pr. hoc tit.* §. *item si*, 11. *Inst. de act.*

(*e*) Jurisjurandi facultas non transit ad hæredem. *l.* 12. *in pr. C. hoc tit.* quippe fieri potest, ut bono viro succedat improbus, scienti ignarus. Sich. in *d. l.* 12. *in pr. n.* 9. Schneid. in *d.* §. 11. *n.* 109.

(*f*) 3. *Offic. circa fin.* Hinc religio jurisjurandi *l.* 1. & passim hic, item Sacramentum. *l.* 8. *l.* 11. *l. ultim. Cod. eod.* de quo Duar. *cap.* 1. *hoc tit. & in post. comm. item cap.* 1.

(*g*) Argumento est formula juramenti, qua utitur Apostolus 2. *Cor.* 1. 23.

(*h*) *Deuter.* 6. 13. *&* 10. 20. *Exod.* 23. 13. *Esai.* 19. 18. *&* 65. 16. *cap. etsi Christus. ext. h. tit.* Proprie igitur juramenta non sunt locutiones, quæ extant *Gen.* 42. 25. 1. *Sam.* 12. *&* 17. 56. *item* 20. 3. *&* 25. 26. sed asseverationes evidentiæ, seu vehementiæ causa adhibitæ.

(*i*) *l.* 5. §. 3. *h. tit.* Infidelem tamen per suos deos jurantem obstringi censet Covarr. in *cap. quamvis, de pact. in* 6. *p.* 1. §. 1. *n.* 20. Judæi, & Turcæ, qua formula obstringantur, vid. Myn. 6. *obs.* 20. Ant. del Rio *cap.* 15. *de jur. calumn. n.* 170. *& seqq.*

(*k*) *l.* 5. §. *ult. l.* 9. §. 1. §. *l.* 1. *l.* 8. *C. hoc. tit.*

deferente se, cum paratus esset adversarius jurare, gratiam ei facit, contentus voluntate suscepti (*l*) jurisjurandi. Ex hujus autem verbi significatione satis intelligitur, id solum remitti, quod prius delatum, & susceptum est. Nam cum alioqui, & referri jusjurandum, & aliquando recusari possit, perspicuum est ante susceptionem nullam esse jurandi necessitatem, quæ remitti intelligatur.

Quarta conditio est, ut juretur ex conditione delata, seu ex eo, quod delatum (*m*) est. Id duabus in rebus positum, ut juretur non finita delatione, ut eadem forma, qua delatum est. Finitur delatio aut sua sponte, aut revocato jurejurando. Sua sponte, aut statim, aut finito tempore præstituto. Statim, si is, cui simpliciter jusjurandum defertur, eo suscepto, nec remisso statim non juraverit, sed discesserit, quamvis postea jurare (*n*) paratus sit. Finito tempore præstituto, si is, cui, ut intra certum tempus juraret, delatum est, id tempus exire patiatur, quod ex ipsa conditione delationis manifestum est. Revocato quoque jurejurando conditio delationis (*o*) extinguitur; nam quod de jurejurando judiciali (*p*) cautum est, id in voluntario vel magis obtinere debet; nec est impedimento conventio, sive quod pœnitere liceat, sive quod hæc delatio conventionem non habeat de expectando jurejurando; aut si habet, habeat sub conditione, quamdiu qui detulit, volet. Quod si hæc non admittimus, illud utique fateamur necesse est, conventionem servari non oportere, quæ sit contra bonos mores. At facere alicui potestatem jurandi in re sua invito adversario, atque ad pejerandum proposita impunitate invitare, quin sit contra bonos mores, doloque faciat, qui actore probare parato jurare nihilominus velit (*q*), non est dubitandum. Alterum, quod postrema hæc conditio exigit, est, ut juretur eadem forma, qua delatum est, tum in verbis, tum in ritu. In verbis, ut juretur verbis conceptis, si deferens verba, quibus jurari voluit, (*r*) prævivit. Quod, quamquam in re ad perjurium, & judicium Dei parum refert, quibus verbis juretur, sæpe multum valet ad majorem religionis metum incutiendum homini superstitioso, cui defertur. De ritu jurisjurandi idem, quod de conceptione habendum, veluti si quis detulit, ut juretur tactis Sacris Scripturis (*ſ*).

CAPUT XV.

De jurisjurandi exceptione.

Habemus conditiones, quas Prætor exigit in jurejurando extra judicium interposito, quibusque concurrentibus in se servaturum pollicetur. Alter locus sequitur de servandi modo. Modus hic positus est, tum in deneganda actione adversus jurantem reum, tum in ea juranti actori (*t*) danda. De reo his verbis edicto cautum: Si is, cum quo agetur, conditione delata juraverit, ejus rei, de qua jusjurandum delatum fuerit, neque in ipsum, neque in eum, ad quem ea res pertinet, actionem dabo. Hæc pars breviter complectitur, quid, quibus, adversus quos, qua de re Prætor tribuat. Negat se in eum, qui juravit, actionem daturum. Id recte sic acceptum est, ut in re certa si actor fateatur, reum prius jurasse, actio simpliciter denegetur; sin de eo controversia sit, ambigaturque an juraverit, tum locus sit exceptioni (*u*) jurisjurandi. In quos actio denegatur, seu quibus datur exceptio, hi duo sunt: is, qui juravit, tum ad quem ea res (*x*) pertinet. Prior certus est. Alter is est, ad quem pertinet commodum, & incommodum ejus litis, de qua juratum est; planius, quicumque ea actione potest conveniri. Eorum quatuor genera: hæredes jurantis, successores in rem, accessiones omnes, item principalis debitor, ubi alius de debito ipsius juravit. In hæredibus ratio (*y*) manifesta; nam cum hi in omne jus, quod defuncti fuit, succedant, etiam in exceptionem defuncto competentem, si ea personalis non sit, succedant necesse est. De his, qui succedunt in rem singularem, nonnulla dubitatio est; nam & Paulus respondit, hæc ver-

(*l*) *l. 6. eod.* An, & quatenus tutor jurisjurandi gratiam facere possit, vide Duar. *hic. cap.* 14. Pet. Greg. 50. *synt.* 6. *n.* 6.

(*m*) Ut scriptum est in *d. l.* 5. §. *ult. hoc tit.*

(*n*) *d. l.* 5. §. *ult.* Quod vulgo tamen sic accipiunt, nisi is, cui delatum est, statim acceperit conditionem jurisjurandi; hunc enim ex causa petere posse dilationem ad deliberandum, & quod, quomodo juret. Schneid. in *d.* §. 11. *Inst. de act. n.* 73. *& seqq.*

(*o*) Similiter ut mandatum revocatum evanescit. §. *recte*, 9. *Inst. de mand.*

(*p*) *l.* 11. C. *hic*. Cujus tamen initio generalis definitio posita est de potestate jurisjurandi revocandi.

(*q*) Per *l.* 7. §. *ait Prætor*. *l.* 27. §. 4. *ff. l.* 6. *Cod. de pact. & simil.* add. Don. in *d. l.* 11. *Cod. hoc tit.* Duar. *c.* 13. *hic*. Borch. *hoc tract. c.* 6. *n.* 5. *& seqq.*

(*r*) *l.* 3. §. *ult. l.* 4. *l.* 5. *in pr. hoc tit.* Hoc enim est conceptis verbis jurare. Vid. Pet. Greg. 50. *synt.* 8. *numer.* 2. Pet. Pithæum 2. *advers. subsec.* 8. Ræv. 5. *var.* 5.

(*ſ*) *l. pen.* §. *pen.* C. *h. tit.* Quod si ritus aut turpis sit, aut superstitiosus, pro non delato haberi debet. add. Rob. 1. *rer. jud.* 11. Ant. Fab. C *suo h. tit. defin.* 10.

(*t*) *l.* 7. *l.* 9. §. 1. *h. tit. de jurejur.* §. *item si*, *Inst. de act.* §. *æque*, *Inst. de exc.*

(*u*) *d. l.* 9. *in pr.* Duar. in *prior. comm. ad hunc titul. cap.* 7. *& poster. cap.* 4. Hothom. ad *d.* §. *æque*. Vult. in *d.* §. *item si*, *n.* 16. *& ad tit. Inst. de exc. n.* 25.

(*x*) Verba sunt edicti in *d. l.* 7. *h. tit.*

(*y*) *d. l.* 7. junct. *l. sciendum*, 70. §. *ult. de verb. sign. l.* 19. §. *pen. de ædil. edict.* junct. *l.* 2. *& l. ult. Cod. de hær. act.*

verba, ad quem ea res pertinet, sic intelligi, ut contineatur is, qui in universum domino succedit; & Ulpianus in Ædilitio eadem illa verba de hæredibus (z) interpretatus est. At idem tamen Paulus diserte (a) scribit, etiam singularum rerum successores verbis hujus edicti contineri. Sed non sunt hæc contraria. Continentur iis verbis hæredes semper, & sine controversia; continentur & singularum rerum successores, verum non semper; sed ita demum, si res, de qua agitur, ejusmodi sit, ut etiam ad eos successores pertinere possit. Quare cum in edicto de jurejurando res, de qua agitur, ad unius rei successorem transire possit, sive verba hæc, ad quem ea res pertinet, rem petitam demonstrent, sive litem, de qua juratum est, recte dicimus hujusmodi quoque successorem, & verbis, & sententia edicti (b) contineri. At enim vetat regula juris per liberam personam, quæ alterius juri subjecta non sit, alteri quidquam acquiri. At inquam non vetat, quod alicui recte quæsitum est, in alium transire; quod in hac specie (c) accidit. Continentur superioribus verbis maxime (d) accessiones, ut fidejussores, mandatores pecuniæ constitutæ rei; sed hoc ita, si de re juratum sit, non de (e) persona. In accessionum numero & pater est, qui de peculio, aut de in rem verso (f) convenitur, item duo rei (g) promittendi. Continetur denique & principalis reus, si alius ex persona, vel nomine ejus conventus juravit eum dare non oportere; alioqui sibi magis, quam reo jurasse intelligitur. In hoc numero sunt fidejussor, pater, procurator, defensor. Placet ergo jusjurandum a fidejussore exactum, si modo ideo interpositum est, ut de ipso contractu, & de re, non de persona jurantis ageretur, etiam reo (h) prodesse, quamvis pactum ejus non prosit. Hoc ita tam varie, quia alteri paciscendo acquirere non possumus, refragante superiore definitione: jusjurandum autem pro solutione (i) cedit. Etiam patris, qui de peculio convenitur, obligatio accessoria; proinde & illius jusjurandum filio quoque prodesse (k) debet, tametsi pactum non prosit. Procuratoris quidem nihil interest exceptionem jurisjurandi acquiri domino, cum nec ipse jurare (l) compellatur; sed tamen pro domino est, usque eo, ut etiam pactio ejus domino prosit; & ergo multo magis jusjurandum prodesse (m) debet. Adde, quod procurator, dum jurat, dominum, cujus personam sustinet, non debere, de se magis, quam de altero jurare videatur. Eadem omnino ratio est defensoris, qui sine mandato judicium accepit, aut in eam causam (n) satisdedit. Ceteri vero omnes, qui in superiore numero non sunt, jurejurando suo reo nihil prosunt, repugnante juris regula. Enimvero ambigendum non est, quin sicut cetera per eos, quos in potestate habemus, acquirimus, ita & jusjurandum eorum nobis prodesse (o) debeat. Pollicetur Prætor se ejus rei, de qua jusjurandum delatum est, actionem non daturum. His verbis datur jurisjurandi exceptio adversus omnes, qui de ea re iterum agent, sive ipsi detulerint, sive alius, dummodo recte delatum sit. Igitur si quis in causa, & suo nomine recte detulit, repellentur præter ipsum de eadem re agentes (p) hæredes ejus, cum quibus eadem actio cessa (q) est, item alter ex duobus reis (r) stipulandi. In populari quoque actione omnes cives; si unus bona fide (s) detulerit. Sane in actione in rem, quamvis possessor deferente pe-

(z) Paul. in *d. l.* 70. §. *ult. de verb. sign.* Ulpian. in *d. l.* 19. §. *pen. de æd. ed.*

(a) In *l.* 8. *h. tit.* Idemque traditur de exceptione rei judicatæ, auctori prius quæsita in *l.* 9. §. *ult.* & *l.* 11. §. 3. *de excep. rei jud.* & generaliter de jure, & defensione in *l. emptori*, 28. C. *de evict.*

(b) At in edicto ædilitio, cum ædiles dant actionem redhibitoriam emptori, omnibusque, ad quos ea res pertinet, his verbis soli continentur hæredes, ad quos solos ea res, idest obligatio empti, ejusque, quod inde præstandum est, petitio pertinere potest, quippe in quam obligationem, & actionem succedit nemo nisi hæres. Spectandum igitur quam ob causam hæc verba adjecta sint; nam pro materia subjecta diversam recipiunt interpretationem. Alciat. in *d. l.* 70. *de verb. sign.*

(c) Prius enim jurat, exempli causa, venditor, rem non esse petitoris, quo facto statim sibi exceptionem acquirit; semel quæsita nihil prohibet, quominus cum re ad emptorem transeat; ideoque si emptori rei venditæ fiat controversia, venditoris jura illi prodesse, eumque tam propriis, quam venditoris defensionibus uti posse placuit. *l.* 28. C. *de evict.*

(d) *l. in duobus*, 28. §. 1. *hic*. Est autem hoc ex jure communi, quo placet, fidejussores in duriorem causam accipi non posse, quam reum principalem. *l.* 8. §. *illud, de fidei*. Et est hæc exceptio causæ, sive rei. *l.* 7. *de except.*

(e) *d. l.* 28. §. 1. idest, si quis juravit non deberi, quod petebatur, non si defensione personæ propria usus sit. exempl. in *l. ult. in pr. h. tit.* Duar. in *post. comm. c.* 4 Borch. *hoc tr. c.* 8. *n.* 10. & *seq.*

(f) *Arg. l. acquirens*, §. 1. & *l. seq. de pact.*

(g) *d. l. in duobus*, 28. §. 3. *h. tit.*

(h) *d. l.* 28. §. 1. *d. l. ult* §. 1. *h. tit.*

(i) *dict. l.* 28. §. 1. vid. Duar. in *prior. com. hoc titul. cap.* 16. Ant. Fab. ad *l.* 23. *de pact.* Bronch. 1. *miscell. ass.* 56.

(k) Ex eadem nimirum ratione. *l.* 26. §. 1. *h. tit.*

(l) *l. jusjurandum*, 34. §. 1. *eod. l.* 4. *de in lit. jur.*

(m) *l.* 10. §. *ult. de pact. l.* [illegible]. §. *pen. h. tit.* Ceterum si domino delatum est, procurator ejus nomine jurare non potest, ut *inf. c.* 21.

(n) *d. l.* 9. §. *pen. l. ult.* §. *pen. hoc tit.* junct. *l. Titius*, 76. ff. *l.* 23. C. *de proc.*

(o) *l. si servus*, 23. & *du. ll. seqq. hoc tit.*

(p) *d. l.* 9. §. *ult.* Nec enim hæredes solum succedunt in actionem defuncti, sed etiam in incommodum exceptionis adversus illum comparatæ. *l.* 1. & *l.* 2. *de bon. possess.*

(q) *Arg. l. qui in jur.* 177. *de reg. jur.*

(r) *l.* 28. *in pr. hoc tit.* Nam propter unitatem obligationis loco unius habentur. Duar. in *prior. comm. hic. c.* 19. unde & pactum alterius alteri nocere placet, si socii non sint. *l.* 27. *in pr. de pact.* dixi *lib.* 2. *c. ult.*

(s) *l. cum qui*, 30. §. 3. *hoc tit. l.* 3. *de pop. act.*

petitore juraverit, rem suam esse, tamen adversus alium petitorem prærogativa jurisjurandi non utetur, nec enim debet alii nocere, quod inter alios actum (t) est. Eamdem rem hic accipimus, non eam, quæ in judicium deducta est, aut actionem, cujus nomine jusjurandum est exactum, sed quæstionem jurejurando decisam. Eamdem autem quæstionem, aut diversam causa agendi facit. Fac de eadem re iterum agi, at non eadem de causa, non (u) nocebit agenti jurisjurandi exceptio. Fac e converso eamdem quæstionem per aliam actionem moveri, puta eum, qui mandati egerat, alia actione (x) experiatur. Sed etsi de alia re agi videatur, ex eadem tamen causa, nocebit nihilominus exceptio ex hoc edicto, ut si is, qui de obligatione principali jusjurandum detulit, post deinde de accessionibus experiatur (y).

C A P U T XVI.

De actione ex jurejurando.

Ut reus jurejurando dato, vel remisso exceptionem sibi acquirit, ita & actor, si is reo deferente juravit, aut ei remissum est jusjurandum, acquirit sibi (z) actionem, quam & ipsam fuisse edicto propositam (a) constat. Quæ, & qualis illa sit, quibus, adversus quos, quamdiu detur, postremo quam vim habeat, videndum. Qualis sit hæc actio parum liquet; nam & veterem hic actionem dari legimus, & utilem interdum, sæpe etiam in factum. Ego sic sentio, verbis has actiones distingui, ceterum re ipsa unam tantum esse, eamque ex solo jurejurando nasci, certe una hac causa, & defensione niti, quia juratum est. Porro hanc eamdem modo in factum, modo utilem a Consultis vocari, modo sub appellatione veteris actionis (b) intelligi. Dicitur actio in factum, qualis dari solet, cum dedi, aut feci quid, ut vicissim dares, aut (c) faceres; juravi enim te deferente ea lege, ut dares, aut faceres, quod peto. Dicitur (d) utilis, propterea quod cum conventio hic aperta non sit, non potuit dari ex jurejurando actio præscriptis verbis, seu in factum civilis, sed datur in factum prætoris, idest, utilis. Poterit quidem, si verba edicti spectamus, & ipsa directa appellari; sed non est novum, ut quæ actio apertis edicti verbis proponitur, ea ad actionem civilem relata dicatur utilis. Dicitur denique & vetus actio juranti (e) dari, sed verbo magis, quam re, nimirum ob veterem causam, quam initio obtendere ad existimationem actoris nonnihil pertinet. Ceterum revera novæ causæ intentione utitur, quæ non aliunde nascitur, quam ex jurejurando; quapropter etiam in hac solum consistit, cujus proprium est, ut non aliud quæratur, quam an juratum sit omissa quæstione, an ex priore causa (f) debeatur. Proficiscitur hæc actio ex conventione, cui consequens est, in personam eam (g) esse, non in rem, etiam tunc, cum quis in actione in rem juravit, rem, quam petebat, suam esse. Nam cur hic quoque non sit actio in personam, cum sit pariter ex (h) jurejurando, idest, ex contractu, cujus generis actiones omnes in personam sunt, nulla in rem? Illud utique satis constat, non dari eam adversus quoscumque possessores, ut natura est actionum in rem, sed adversus eum dumtaxat, qui detulit, eosve, qui in locum ejus (i) successerunt.

Quod secundo, & tertio loco propositum est, datur hæc actio ei, qui postulante adversario

(t) *l. 9. §. ult. l. 10. l. 11. in fin. hoc tit. & tit. Cod. res int. al. act.* At enim posterior actor hic agit de eadem re, de qua juratum, sed non de ea, de qua jusjurandum delatum, cum prior petitor tantum detulerit, ut de suo dominio transigeret; aut si ille de omni detulit, non recte detulit, eoque hactenus pro non delato habendum.

(u) *l. in duobus, 28. §. 4. l. si actor, 36. h. tit.*

(x) *d. l. 28. §. 4. & tr. seqq.* Pusius hæc persequitur Duar. *prior. com. h. tit. c. 18. & poster. c. 4.* item Borch. *hoc tract. c. 8. n. 16. & seqq.*

(y) Aut pœnam petat. *l. jusjurandum, 40. eod.* Aut si patronus, quo deferente libertus juravit libertum non esse, deinde operas petat, aut contra tab. bon. possessionem. *l. cum qui, 30. §. ult. eod.*

(z) *l. 3. §. l. 28. §. ult. ff. hoc tit. §. item si. Inst. de act.*

(a) Colligiturque ex *dd. locis. item l. 30. in pr. ff. l. 8. C. eod.* Duar. *prior. comm. c. 20. & poster. c. 5.* Olden. *class. 1. act. 9. q. 2.*

(b) Quamquam juramentum præstitum non impedit, quominus vetus actio intentari possit. *dict. l. 30. in pr.* sed quia stultum fuerit, necessitati probandi ultro se subjicere, ideo actionis in factum fere mentio fit; vid. Bachov. in *Treutl. vol. 1. disp. 21. th. 8. lit. D.* Don. *c. 8. hoc tit.* ejusque enucl. *ibid. lit.* F. Old. *d. act. 9. in aff. rem.*

(c) *l. 11. §. 1. ff. l. 8. Cod. hoc tit.* junct. *l. 1. & 2. præscr. verb.*

(d) *d. l. 11. §. ult. l. quod si juravi, 29. h. tit.*

(e) *l. 13. §. si quis juraverit. & §. Marcellus, eodem.*

(f) *l. 5. §. dato, eod.* & hoc est, quod Paulus scribit in *l. 30. in pr. eod.* hoc judicio, in quo de jurejurando agitur, non principalem causam exerceri, sed jusjurandum actoris conservari.

(g) *§. 1. Inst. de act.* atque inter actiones in personam aperte numeratur in *§. item si. Inst. eod.*

(h) Etsi enim petitor, qui deferente possessore juravit rem suam esse, ex hac parte edicti agens, intendit rem suam esse, ut juravit, quæ intentio est actionis in rem, nihilominus tamen in personam agere intelligitur hoc ipso, quod agit propter jusjurandum; ideoque & hic actio in factum dari dicitur, quæ utique in personam. *l. 11. §. 1. hoc tit.*

(i) *l. 9. §. ult. & l. seq. eod.* Quod si actio in rem esset, competeret adversus ejus rei possessores quoscumque. *d. §. 1. Inst. de act. l. 25. in pr. de obl. & act.* Don. *d. loc.* ubi tamen ejus enucl. Utilem in rem hic dari contendit cum Gothof. in *l. 11. §. ult. hoc tit.*

ario (*k*) juravit, adversus eum, qui jusjurandum detulit, tamquam eum, quocum contracta est jurisjurandi obligatio; item adversus successores ejus tam (*l*) singulares, quam universales; adversus alios non datur. Illud tamen justissima ratione receptum est, nam verba edicti deficere videntur, ut etiam ei detur, qui jusjurandum detulit, adversus eum, qui juravit, quotiens ex ea causa juratum est, ex qua mutuae utrinque (*m*) actiones. Etenim aequissimum est, ut quod quis in alterius persona aequum esse censuit, id in sua quoque valere patiatur. Plus dico, etsi is, qui ex tali causa juravit, ex jurejurando nolit agere, non eo tamen minus adversario actionem ultro dandam. Intellectum enim est, inesse in jurejurando non religionem tantum, sed etiam conventionem, & quasi transactionem, qua a lite (*n*) discedatur. Exempla, quoniam quivis admonitus sibi fingere potest, brevitatis causa (*o*) omitto. Actio haec perpetua est, etiam tunc, cum ex (*p*) temporaria actione juratum est; quia jusjurandum vim judicii, & litis contestatae habet; breviter, & aperte, quia est contractu. Etsi ergo extra judicium de actione temporaria juratum sit, incipiet tamen inde reus perpetuo teneri; quia etiam in hoc jurejurando praeter religionem conventio (*q*) inest, propter quam servetur. Dubitatum tamen de actione de dolo, si juravero ex ea causa mihi dari oportere. Dubitatio ex eo, quod nulla neque incipiendae post biennium, neque ante completum biennium coeptae; post biennium vero finiendae doli actionis (*r*) concessa sit licentia. Si ergo nec vetus actio, vel lite de dolo contestata ultra biennium exerceri potest, nec nova ulla exinde acquiritur, quae non & ipsa biennio excludatur; an non recte dicimus, pro natura actionis de dolo ne actionem quidem ex jurejurando ex ea causa ultra biennium competere? Minime, sed quacumque de re, aut actione juratum sit, actionem in factum ex jurejurando perpetuam esse, cum sit ex contractu. Cur ergo lite de dolo contestata non similiter dicimus actionem inde perpetuam nasci, cum non minus judicio contrahatur, quam jurejurando? nihil est, quod tam facile expediri potest. Ex jurejurando semel praestito statim nascitur obligatio, quia id factum jam praecessit, unde ea obligatio (*s*) oritur. Quamvis autem judicium coeptum, & lis contestata sit, non ante tamen judicati obligatio nasci potest, quam judicium sit, quae conditio est hujus obligationis, quaque deficiente, & ipsam deficere necesse est. Evenit autem in actione de dolo, ut nullum amplius judicium sit, eoque nec res judicata intelligi possit, si inter moras judicii biennium exierit; id quod singulari jure in hac actione constitutum esse alibi monuimus (*t*).

Postremo vis hujus actionis eadem, quae & (*u*) judicati. Ea duabus in rebus posita est: in commodis, quae ex hac in factum actione percipiuntur; item in firmitate, & certitudine judicii. De commodis rerum, quas consequimur, sic generaliter definimus; eum, qui juravit, id omne consequi debere, quod haberet, si secundum eum de ea re pronunciatum esset. Complectitur haec definitio & res principales omnes, quas veteres, & directa actione consequeretur, si constaret, verum esse, quod juravit, & praeterea rei principales accessiones, quales sunt fructus fundi, animalium foetus, (*x*) partus ancillarum. Ac ne quis putet propter exemplum, quo (*y*) Ulpianus utitur, hoc ad eum actorem pertinere dumtaxat, qui juravit rem suam esse, ad omnem causam, ex qua juratum est, non pertinere; idem omnino in judicio fieret etiam ex aliis causis, re secundum actorem (*z*) judicata. Excipiuntur tamen hoc loco actiones, quae inficiando crescunt, ex quibus eum, qui juravit nihil amplius consequi placet, quam simplum; quamvis si directa actione egisset, & probasset, duplum ex judicato (*a*) consequeretur. Exceptionis ratio duplex: una, quia sufficere debet actori juranti, si consequatur exonerationem probationis; altera, quia nihil amplius actor consequi ex jurejurando debet, quam in jusjurandum deductum est; nam nec judicio plus consequeretur,

(*k*) *l.* 8. C. *h. t. d.* §. 11. *Inst. de act.* etiam reo, cui actor detulit, ut in specie. *l.* 11. §. 1. *eod.*

(*l*) Quia transit res cum suo onere. *l.* 9. §. *ult. d. l.* 11. §. 1. & *ult. in fin. eod.*

(*m*) Hinc DD. tradunt, juramentum praestitum super uno correlativo extendi ad aliud.

(*n*) *l. sed etsi*, 29. & *l. seq.* §. *ult. l.* 2. *eod.*

(*o*) Et suppeditabit tibi. *l.* 13. §. 3. & *du.* §§. *seqq. eodem.*

(*p*) *l.* 9. §. 3. ubi vide *Zas.* eod. Secus tamen esse in juramento, quod firmandae conventionis causa adjectum est, monet Covar. 1. *resol.* 9. *n.* 7.

(*q*) *l. qui jurasse*, 26. §. *ult. l. jusjurandum a debitore*, 40. *eod.*

(*r*) *l. ult.* C. *de dolo*. Idest actio de dolo neque incipit a biennio post dolum commissum; neque finitur a biennio actionis de dolo institutae; sed inchoatur, & finitur prorsus intra continuum biennium, ut recte Gothfr. in *d. l. ult.*

(*s*) Ac proinde jusjurandum non tam liti contestatae simile est, quam rei judicatae; nam & perinde habetur quasi judicatum esset. *l.* 11. §. *ultim. ff. l.* 8. *Cod. eodem.*

(*t*) *lib.* 2. *cap.* 54. Si quis autem in actione de dolo intra biennium condemnatus sit, nemo dubitat, quin actio judicati jam vere nata perpetua sit. *l.* 6. *ultim. de re jud.*

(*u*) Ad hujus enim similitudinem competere dicitur *l.* 8. C. *eod.*

(*x*) *l.* 11. §. 1. *l.* 13. §. 3. *ff. eod.*

(*y*) In *d. l.* 11. §. 1. in cujus tamen fine & ipse adjicit, quod ad omnem causam pertineat.

(*z*) *l. cum fundus*, 31. *in pr. de reb. cred.* junct. *l.* 9. §. 3. *qui jurasse*, 26. §. *ult. hoc tit.*

(*a*) *l. cum qui*, 30. *in pr. eod.* Ubi & utraque ratio, quae hic a nobis subjicitur, indicatur, sed altera obscurius.

retur, quam in judicium (*b*) deduxisset. Certitudo quoque hujus judicii eadem, quæ & judicati; nam ut in actione judicati nihil amplius quæritur, quam an judicatum sit, omissa quæstione an debeatur; sic in actione in factum ex jurejurando nihil amplius quæritur, quam an juratum sit, omissa item quæstione, an debeatur, quasi satis probatum sit jurejurando (*c*).

CAPUT XVII.

An aliquo prætextu jusjurandum retractari possit; & de variis ejus effectibus.

INtellectum est, quibus conditionibus, quibusque modis jusjurandum extra judicium delatum ex edicto servetur; superest ex tribus propositis postremum, firmitudo hujus jurisjurandi, & effectus. De eo sic habe. Ubi concurrunt eæ leges, quas edicto comprehendi supra demonstravimus, jusjurandum hoc sine alia conditione, aut exceptione servari; breviter, causam jurejurando decisam retractari (*d*) non posse. Sententia perpetua, præterquam duabus in causis. Prima causa est posterius jusjurandum. Finge reum extra judicium, actore deferente, jurasse se dare non oportere; deinde actorem, deferente reo, dari sibi oportere; aut contra; posterior causa jurisjurandi potior habebitur, quasi prior (*e*) recesserit a jure suo, qui adversario detulit, ut contrarium juraret. Non obstat, quod jus vetat de perjurio alterius quæri; nam in proposito non quæritur de jurejurando prioris, sed hoc solum, an (*f*) posterior juraverit. Altera causa est legati, & fideicommissi; de qua ita constituit Justinianus: Si is, qui ex testamento deberi sibi aliquid dicit, delato ab hærede jurejurando juraverit sibi deberi, posteaque emergente testamento reperiatur nihil relictum esse, revocari posse, quod datum est; addita hac ratione, ne ex hujusmodi perjurio lucrum ei accedat adversus supremum defuncti (*g*) judicium; cujus majorem rationem haberi, quam deferentis, fortassis ideo voluit, quia publice expedire creditur, supremas hominum voluntates servari, nihil contra eorum judicia præstari, præsertim falso obtentu, quasi relictum (*h*) esset. His duabus causis exceptis, hoc manebit, causam jurejurando, quod a parte parti recte delatum est, decisam retractari non posse; usque adeo, ut nihil intersit, quis juraverit, (*i*) servus, an liber, pupillus, an natu major; nihil de qua actione, aut (*k*) re juratum sit. Illud aliquid iniqui habere videri potest, quod ne perjurii quidem prætextu jusjurandum retractari posse rescriptum (*l*) est. Sed ut non sit iniquum facit delatio, seu quæ huic inest conventio, quæ omnis controversia religioni jurantis ultro permittitur; placetque jurejurando interposito litem decidi. Æquum est, unumquemque stare conventioni, minimeque ferendus est is, qui ea, quæ ipse faciendi procuravit, infirmare (*m*) conatur. Ex his igitur liquido apparet, jusjurandum servandum esse, licet perjurium probetur, propter conventionem ejus, qui detulit. Quid ergo? Nulla ne alia pœna contemptæ religionis jurisjurandi legibus civilibus constituta est? nam Deum quidem ultionem, & vindictam, hoc est, æternum exitium pejerantibus minitari notum est. Ego uti nullam ulli perjurio pœnam legibus infligi haud (*n*) dixerim, sed dede-

(*b*) Don. ad *l.* 8. C. *h. t. n.* 13. *& seqq.* Duar. in *prior. comm. hoc tit. cap.* 25. *& in poster. c.* 6. Borch. *hoc tract. cap.* 5. *n.* 18. Unde qua conditione, & jure remhabemus, si directa actione actum esset, & secundum nos pronunciatum eadem conditione, & jure, etiam hic vid. l. 11. §. 2. *l.* 13. §. 5. *dict. l.* 30. §. *ult. eod.* exceptionesque, ac defensiones aliæ admittuntur, quæ non sunt contrariæ jurijurando, ut in actione judicati. *l. Nesennius*, §. *ult. de re jud.* vide Duar. *c.* 24. *hic* in *prior. comm.*

(*c*) *l.* 5. §. 2. *l.* 9. §. 1. *h. t. l. postremo*, 56. *de re jud.* Et quod tempus judicatis indulgetur, id etiam ei concedi debet, cum quo agitur ex jurejurando. *arg. l. a si debitori*, 21. *de jud.*

(*d*) *l.* 5. *l. in duobus*, 28. §. *ult. h. t. de jurejur. l.* 1. C. *eod.* adde Duar. in *prior. comm. h. t. c.* 27. Coras. in *l. admonendi*, 31. *in pr.* 1. *n.* 45. *& seqq.*

(*e*) *d. l. in duobus*, 28. §. *ult. h. t. & arg. l.* 12. C. *de pact.*

(*f*) *d.* §. *ult. l.* 28. Neque posterioris causa ideo potior, quod vere juravit, sed quod juravit posterior, Duar. in *prior. comm. h. tit.*

(*g*) *l. ult.* C. *h. t.* atque hæc exceptio videtur significari in *l.* 1. C. *eod. in fin.* ubi verba hæc, nisi nominatim lege excipiatur, a Triboniano adjecta esse non absurde conjiciunt Cujac. 18. *obs.* 35. *in fin.* & Hotom. 6. *obs.* 26. item Duar. *post. comm. c.* 7.

(*h*) Ita fere Salic. Sich. Don. in *d. l. ult.* Aliam rationem reddit Gloss. *ibid.* quam recte refellit Ant. Fab. 19. *err.* 5. qui ex ratione a Justiniano adjecta disputat, idem ad alias etiam species accommodari debere. Sed rectius DD. comm. hic Jus singulare agnoscunt, cumque iis Don. in *d. l. ult. num.* 6. Duar. in *prior. comm. c.* 27. *& post. c.* 7. Bronch. 2. *ass.* 26.

(*i*) *l.* 25. *l.* 26. ubi ratio, *in pr. hic*. Atque ita jusjurandum personæ inhabilis ratum propter consensum ejus, qui detulit. Duar. *h. t. c.* 8. *in prior.*

(*k*) Poterat dubitari de causa status, depositi, de actione populari, sed placet etiam has controversias jurejurando decidi posse. *l.* 3. §. 1. *& seqq. l.* 30. §. 3. *&* 4. *l. jusjurandum*, 34. *in pr. ff. l.* 6. *l.* 9. C. *h. t.*

(*l*) *l.* 1. C. *eod.* responsumque, nec probato perjurio actionem de dolo dari. *l.* 21. *de dol.* dato jurejurando nihil aliud quæri, quam an juratum sit. *l.* 5. §. 2. *hic*.

(*m*) *l.* 12. §. 1. *in fin.* C. *eod.* add. Ant. Fab. in *d. l.* 21. *de dol.* Leonin. 2. *emend.* 3. *n.* 1. Gilken. in *d. l.* 1. C. *h. t. n.* 1.

(*n*) Propter *l. ane de dol. l.* 1. *in fin.* C. *de ind. vid. toll. l. ult. field.* Nov. 53. c. 40. *in pr.* Nov. 77. *c.* 1. §. 1. Nam si contemptus Principis tam severe vindicatur, ut qui per genium ejus pejeravit, fustibus castigetur. *l.* 13. §. *ult. hoc tit.* quanto magis vindicandus contemptus Numinis. *d. Nov.* 77. *cap.* 1. §. 1. quanquam probari solet ex Tertull. & Minut. Felice in Octav. acrius punitos fuisse, qui per Principis, quam qui per Jovis genium pejerassent, in quam sententiam item lucas est apud Tacit. [illegible]

dedecus tantum ex (o) animadversione censoria; ita si quæratur de jurejurando, quod alter ex litigatoribus ultro detulit, ut eo ab adversario præstito a lite discederetur, probabiliter dici existimem, hic adversus pejerantem nullam humanam pœnam legibus esse constitutam; quippe quæ etiam hoc ipsum iniquum esse existimaverunt, de falsitate hujusmodi jurisjurandi (p) inquirere. Sed manum de tabula. Plura si quis cognoscere velit, eos adeat, qui hanc quæstionem opulentius (q) tractavere; nobis modus suscepti operis custodiendus est.

Ex his, quæ de vi jurisjurandi dicta sunt, pene sua sponte intelliguntur, quæ de variis ejus effectis veteres prodiderunt. Summam tamen eorum breviter complectemur. Sunt autem hæc (r) quinque fere: jusjurandum vim probationis habere; ex numero videri novandi, delegandique; loco solutionis cedere, aut quod tantumdem valet, pro acceptilatione esse; speciem transactionis continere; judicii instar habere. Vim probationis habere dicitur, quia dato jurejurando non amplius quæritur, an debeatur, sed hoc solum, an juratum (ſ) sit. Ex numero novandi est, nempe in persona actoris, cui, postquam juravit, nova acquiritur actio. Delegationis vicem obtinet, ubi non debitor pro vero debitore conventus jusjurandum actori detulit, & juratum est; nam hic vetus debitor liberatur, obligatione in illum quasi judicio (t) transfusa. Notandum tamen quod dicitur, jusjurandum videri ex numero novandi; vere enim novatio non est, quia vetus actio jurejurando non (u) tollitur. Solutionis loco cedit, & acceptilationi simile est; nam ut debitor in totum liberatur solutione, & cum eo fidejussores, & pignore, sic & (x) jurejurandum, quæsita ei perpetua exceptione. Transactionis speciem continet, quia ut transactione ab omni controversia disceditur, idque conventione litigatorum, sic etiam (y) jurejurando. Instar judicii (z) habet; quia sicut re judicata hoc tantum quæritur, an judicatum sit, sic in jurejurando solum, an juratum sit; nec immerito, cum ipse Judicem adversarium suum de causa sua fecerit, qui jusjurandum ei (a) detulit. Igitur & qui effectus sunt (b) litis contestatæ, iidem vel magis erunt (c) jurisjurandi. Lite contestata, actiones temporales perpetuæ fiunt; pœnales in hæredes dantur; idem fiet interposito (d) jurejurando. Litis contestatione interrumpitur longi temporis præscriptio; interrumpitur & (e) jurejurando. Postremo quibus in causis judicium accipere non cogimur, ex iisdem placet nec jurare compellendos (f).

CAPUT XVIII.

De vi jurisjurandi judicialis.

ET de vi quidem jurisjurandi voluntarii, sive quod ex conventione extra judicium defertur, hactenus dictum est. Alia vis est, & conditio ejus, quod interponitur post litem contestatam de re judicio controversa. Etsi autem verbis edicti de vi hujus jurisjurandi nihil cautum est; tamen, ut non minus hoc, quam superius illud ratum habeatur effectum est partim ex sententia edicti, partim cautum constitutionibus. Sed hoc jusjurandum non est unius generis; interponitur enim vel ex utriusque litigantium (h) consensu; vel uni altero invito defertur a Judice. De utroque separatim; de illo autem prius cognoscendum,

---

(o) De qua Cic. 3. *off.* Agell. 7. *c.* 18. Bodin. 6. *de rep.* Sed & Pontifices de perjuriis cognosse constat. Plaut. *Rudem.* 5. *sce* 3. Ræv. 2. *var.* 3.

(p) §. *eque*, *Instit. de excep.* *l.* 5. §. 2. *hoc tit.* atque ad hujusmodi juramentum etiam Cyn. Bart. Salic. & Sich. primam partem Textus in *l.* 2. *Cod. hoc tit.* restringunt.

(q) Adi Cujac. 2 *obs.* 19. Ant. Fab. ad *l.* 22. *de dolo.* Fach. 1. *cont.* 14. Don. in *l.* 2. C. *hic.* Gilken. *ibid.* qui fere distinguunt inter perjuros in Deum, & Principem; contra Duar 2. *disp.* 37. *&* *in prior. comm. hic cap.* 33. *& in post. cap.* 8. Pet. Greg. 50. *synt.* 11. Old. *clas.* 1. *act.* 9. *in act. rem. n.* 3. *&* 3. *cont. in l.* 2. C. *ad l. Jul. maj.* Menoch. *arb. cap.* 219. Ræv. 2. *var.* 3. VVesemb. *par. n.* 17. Bronch. 2. *ass.* 25.

(r) Quorum primum est in *l.* 5. §. 2. *l.* 11. §. *ult. ff.* *l.* 11. ubi alias probationes C. *hoc tit.* secundum in *l.* 26. §. *ult. ff. eod.* tertium in *l.* 27. *l.* 28. §. 1. *l. ant. eod.* quartum in *l.* 2. *eod.* ultimum in *d. l.* 26. §. *ult.*

(ſ) Ceterum vere probatio non est, ut recte Duar. *c.* 2. *de prob.* Don. ad *rubr.* C. *de testib. n.* 15. *& seq.* cum gloss. in *l. cum de indebito*, 25. *de prob.* & vulg. DD. Pinell. in *l.* 1. C. *de bon. mat. p.* 3. *n.* 50.

(t) Quod delegationis speciem habet. *l. delegare*, *de novat.*

(u) *l. eum qui*, 31. *in pr. h. t.* quamvis dissentiat Vult. 7. *scolast.*

(x) *l.* 27. *l.* 28. §. 1. *l. antep. h. t.*

(y) *l.* 2. junct. *d. l. antep. in fin. eod.*

(z) *l.* 26. *ult. eod.* Imo majorem auctoritatem quam res judicata. *d. l.* 1. Nimirum quia & post rem judicatam appellatio interponi potest. *l.* 7. *l.* 11. *de transact.* At a jurisjurandi præstati ne nec is appellare potest, qui detulit, nec qui juravit. *l.* 22. §. 2. *&* 4. *C. h. t.* Ant. Fab. 19. *err.* 5.

(a) *l.* 1. *in pr. quar. rer. act. non dat.* Non mirum igitur, si vim litis contestatæ habet. *l.* 9. §. 3. *h. t.*

(b) Præterquam in duplo, quod consequimur his actionibus, quæ per inficiationem in lite crescunt. *d. l.* 30. *in pr. eod.*

(c) Nempe decisorii, de quo hic agimus, non ejus, quod obligationis firmandæ causa adhibetur. Id enim male hinc arguunt moram inducere.

(d) *d. l.* 9. §. 3. *eod.* junct. *leg. ult. in fin. de fid. tut.*

(e) Quam ego sententiam esse puto *l.* 13. §. 1. *h. tit.* vide Duar. *prior. comm. h. t. c.* 22. *& poster. c.* 3. Fachin. 1. *controv.* 70.

(f) *l. sed etsi*, 28. §. 2. *de jud. l. tutore*, 25. §. *ult. h. t. l.* 14. § 3. C. *de non num. pecun.*

(g) Et dicitur in specie judiciale, estque generis mixti; nam si deferentem spectamus, voluntarium est; sin eum, cui defertur, ex parte necessarium. Necessitas autem in eo, quod saltem referre cogitur. Don ad *l.* 8. C. *h. t. n.* 8. Duar. in *poster. comm. cap.* 2.

dum, utpote quod majorem cum voluntario affinitatem habeat. Cernitur autem hæc affinitas non tam in servandi ratione, quam in conditionibus, quæ huic cum illo communes; nam in conditionibus, si unum dissimile exceperis, unum præterea in judiciali superioribus addideris, cetera omnia in utroque convenient.

Dissimile illud accidit circa jurisjurandi revocationem; nam extra judiciale delatum, ut intra certum tempus juretur, intra id tempus semper revocari potest, judiciale ita delatum, non semper; utique non potest post sententiam, quæ appellatione suspensa non sit, aut appellatione sit (*h*) confirmata. Et vero, qui hoc in voluntarium jusjurandum cadere possit, ubi res transigitur nulla interveniente sententia? Ceteræ autem conditiones omnes, quas in jurejurando judiciali necessarias esse supra indicavimus, etiam in judiciali desiderantur; in tantum, ut quamvis res apud Judicem agatur, non aliter ratum sit, quam si postulante adversario juratum sit, sive Judex ipse deferat postulante litigatore, sive approbante Judice (*i*) litigator. At præter conditiones communes etiam hoc amplius est in judiciali, quam in extra judiciali, & voluntario, quod judiciale præsentiam, & quasi auctoritatem Judicis (*k*) desiderat, voluntarium nequaquam, non quod in potestate Judicis sit repudiare delationem, sed quia officium ejus in re cognoscenda, & ferenda sententia hanc ejus præsentiam omnimodo (*l*) exigit. Quid autem servari placeat, si is, cui jusjurandum defertur, absit, dum forte per procuratorem litigat, de eo postea erit usurpandum.

In modo servandi major dissimilitudo; nam in judiciali jurejurando neque actori juranti nova actione opus est, quippe qui actionem de re, de qua juratum est, jam satis constitutam, & judicio inclusam habet; neque reo juranti opus exceptione, quia actor post jusjurandum non novam actionem instituet, sed incœpta perseverabit. Quid ergo hic fiet? nempe quod judicii ratio, & officium Judicis postulant. Jusjurandum pro justa (*m*) probatione cedit. Quapropter si lite contestata juratum sit, Judex, quasi re satis probata, sententiam secundum jurantem (*n*) feret. Atque hæc quidem sententia non solum vim cujusvis sententiæ, sed simul etiam jurisjurandi habebit, ita ut si quid firmius sit in jurejurando, quam in sententia sine jurejurando lata, id ad vim hujus sententiæ accedat; e contra, si quid amplius præstet sententia, quam per se jusjurandum, id quoque hæc sententia complectatur. Vis jurisjurandi cernitur in eo, quod cum ab aliis sententiis appellatio sit, ab hac appellari (*p*) non possit. Sententiæ potestas in hoc, quod famoso judicio damnatus, quamvis non aliis probationibus, quam jurejurando convictus, fiat (*q*) infamis, cum propter solum jusjurandum adversarii nemini reo infamia irrogetur. Eadem vis & in expensis apparet; nam harum quidem in extrajudiciali jurejurando nulla habetur ratio; at qui ob jusjurandum adversarii in judicio præstitum victus est, in expensas litis condemnari jubetur (*r*).

CAPUT XIX.

De vi jurisjurandi necessarii.

Ex Tribus generibus jurisjurandi exposita est vis duorum, voluntarii, & judicialis; superest, ut de vi tertii, idest, (*ſ*) necessarii cognoscamus, quod uni ex litigatoribus a Judice defertur invito altero. Hoc genus a superioribus merito secretum est, sive personas deferentium spectemus, sive conditiones, & potestatem. De quibus omnibus rectius constabit, si per eosdem illos locos iverimus, quibus natura cujusve generis continetur. Igitur de jure hujus jurisjurandi quærenti occurrunt hi loci: quibus conditionibus servetur, quæ sit servandi ejus ratio, quæ vis, & quousque progrediatur. Conditiones cum prioribus generibus (*t*) communes hæ sunt: ut juretur, defe-

(*h*) *l.* 11. C. *h. t.* vide quæ scripsimus *supra c.* 14.

(*i*) *l.* 1. ff *l.* 1. C. *eod.* nam ut Judex uni ex litigatoribus, invito altero, in dubiis tantum caussis receptum est, & eo jurejurando, quod necessarium vulgo appellatur. *l. admonendi*, 31. *eod.*

(*k*) *l.* 12. §. *pen.* C. *eod.* quæ constitutio exigit, ut omne jusjurandum, quod defertur judicio instituto, detur sub ipso Judice, idest, præstetur coram Judice, apud quem agitur.

(*l*) Injungitur enim Judici, ut delatione admissa, eum, cui jusjurandum delatum est, cogat aut jurare, aut solvere. *l.* 9. Cod. *eod.* & est *arg. in l. pen.* Cod. *de sent. quæ sin. cert. quant. prof. l.* 3. §. 2. *de testib.* Don. ad *l.* 12. *in pr. n.* 2. Cod. *hoc tit.* add. Old. *class.* 1. *act.* 9. *in pract. n.* 3.

(*m*) Quamvis vere, & proprie probatio non est, ut dictum *cap. præc.*

(*n*) *l. jusjurandum*, 34. §. *ult. eod.* Plerique etiam ante tentiam senactionem dant ex jurejurando, post sententiam præter eam etiam judicati, vid. Mynder. ad §. 11. *Inst. de act. n.* 3.

(*p*) *l.* 12. §. 1. Cod. *hoc tit.* ubi ratio. Dubitatum tamen, an idem obtineat, si delatum sit jusjurandum, eoque præstito, causa per sententiam decisa. Vid. *sup. c.* 13. *in fin.*

(*q*) *l.* 9. §. 2. *eod.* add. Duar. in *post. com. h. t. c.* 6. Cor. *hoc tract.* C. 5. *n.* 20.

(*r*) Juxta regulam Victus victori, &c. *l. properandum*, §. *sive autem alterutra*, C. *de jud.* Gloss. in *l.* 12. §. 4. C. *hoc tit.* Sichard. *ib. n.* 12.

(*ſ*) Quod ita appellatur: Primo respectu causæ, quæ aliter expediri nequit ob probationum inopiam. Secundo, personæ, quæ id subire cogitur: Tertio, Judicis, qui quando non defert, vel sine causa defert, litem suam facit. Marant. *spec. p.* 9. *act.* 9. *de juram. n.* 2. adde Sichard. in *rubr.* C. *h. t. c.* 10. VVesemb. *par. eod. n.* 10.

(*t*) Hæc ante a nobis exposita sunt, sumunturque prope omnia ex sententia, & interpretatione edicti.

deferente alio, nempe (*u*) Judice; ut juretur conditione delata, videlicet in eadem verba, quæ Judex præbebit; ut juretur statim, ut præsente (*x*) Judice. Duo sunt hujus generis propria; nam neque pro arbitrio deferre hoc jusjurandum Judex potest, neque delatum remittere, ut ex eo lis decidatur; utrumque ideo, quia cum Judex dominus litis non sit, non idem ei in his rebus licere debet, quod domino, sed officium ejus est judicare, prout legibus moribus proditum est. Eapropter potestas deferendi in Judice tribus † conditionibus circumscripta est. Prima est, ut deferat (*y*) inopia probationum, quippe probationibus suppetentibus, aut supervacuum est, si deferatur (*z*) actori, aut iniquum, si deferatur (*a*) reo. Secunda est, ut deferatur non in quavis inopia, sed in dubiis causis dumtaxat. Dubias autem causas cum (*b*) DD. definio, in quibus aliquid quidem, sed non plane, & perfecte probatum est, qua tamen in re circumspecte agendum, ut ex tertia conditione certius liquebit. Ceterum quod (*c*) quidam putant, dubias causas intelligi eas solum, in quibus par est utrinque, & plena probatio, atque eo demum casu locum habere, quod præcipitur, ut res per Judicem jurejurando decidatur, falsum est; neque enim inopia probationum laborare causa dici potest, cum ab utraque parte plene probatum est; sed actoris probationibus per contrarias rei elisis perinde haberi debet, ac si nihil probatum esset. Hoc igitur solum hic relinquitur, ut reus ex regula juris (*d*) absolvatur; ita enim fieret, si actor de intentione sua nihil probasset. Tertia conditio, qua potestas Judicis in jurejurando deferendo coercetur, hæc est, ut id faciat (*e*) causa cognita. Hoc autem nihil aliud est, quam ut ei deferat, cui deferri ob justas æquius causas esse videbitur. Non igitur statim actori, qui ad probationem aliquid attulit, in supplementum jusjurandum deferet: sed multa prius diligenter examinabit, in primis fidem cujusque, & conditionem personæ, naturam, qualitatem, & pondus rei, de qua agitur, testium item, qui producuntur, prudentiam, denique & probationis modum; ac demum his rebus bene exploratis, ex animi sui sententia æstimabit, an jusjurandum, & utri deferre (*f*) debeat. Servandi ratio hic eadem, quæ in judiciali, ut Judex in dubiis causis exacto jurejurando secundum eum sententiam ferat, qui juraverit (*g*).

Vis hujus jurisjurandi, vel potius sententiæ ex eo latæ, longe minor est, quam cum res consensu litigatorum jurejurando decisa est, sive extra judicium, sive in judicio; quippe quam retractare non liceat, nec a sententia secundum jurantem lata appellare. Hic autem contra eandem causam retractare licet, & plenius quidem, quam in ceteris rebus judicatis. Nam primum, quod remedium in commune omnibus sententia victis tributum est, ut iis appellare liceat, idem & in hoc genere victo (*h*) proditum. Cur ergo, quod hic remissum est, judiciali prohibetur? nempe quia hic jusjurandum interponitur parte altera (*i*) invita; neque hic de perjurio quæritur jurantis, sed de facto Judicis, an jusjurandum juste detulerit. Secundo, quod est in hoc genere sententiæ proprium, permissum est ei, qui hoc jurejurando victus est, causam ex integro agere, si nova instrumenta se invenisse dicat, quibus nunc solis usurus (*k*) sit. Hoc igitur loco obiter notabimus rescripta illa, quæ de rebus judicatis non retractandis, itemque de non retractando jurejurando loquuntur, non pertinere ad causas jurejurando per Judicem decisas; in qui-

(*u*) Nec necesse est, ut petatur deferri, ut post Bar. & Jas. voluit VVesemb. *d. loc.* Judicis enim est exigere probationes ulteriores. Gail. 1. *obs.* 108. *n.* 3. Fachin. 1. *cont.* 16.

(*x*) *l.* 12. C. *h.t.* item præsente adversario; quem & hic citari oportet, ut veniat, & jurare videat. Gail. *d. loc.* n. 8. Menoch. *arb. ca.* 264. *n.* 27.

† Causæ quoque nonnullæ, in quibus hoc jusjurandum locum non habere tradunt DD. ut sunt criminales. Sichard. in *l.* 3. C. *hoc tit. n.* 5. Gail. 2. *obser.* 94. *n.* 3. Mynf. 2. *obs.* 87. Fach. 1. *cont.* 35. matrimoniales. Gail. *d. loc. in fr.* Covar. *de matrim.* p. 1. *cap.* 4. §. 1. *n.* 8. causæ civiles, arduæ, & magnæ quantitatis. Sichard. *d. loc. n.* 8. Gail. 1. *obs.* 108. *num.* 11. Mynf. 1. *obs.* 68. Menoch. *arb. cas.* 7. *n.* 1.

(*y*) Ut expressum est rescripto Dioclet. & Maximiani. *l.* 3. C. *h. t.*

(*z*) Quia & sine jurejurando satis probatum, ut secundum eum debeat judicari.

(*a*) Quem convictum condemnari oportet juxta formam Juris. *l. negantes*, C. *de obl. & act.*

(*b*) In *l. admonendi*, *ff. & l.* 3. 3. C. *h. t. de jurej.* VVesemb. *par. eod. n.* 10. Mynf. 4. *obs.* 78. quorum opinio etiam Judiciorum usu recepta.

(*c*) Don. *c.* 11. *n.* 4. *V. t.* Ant. Fab. 19. *conj.* 1. Bronch. 2. *ass.* 93. sequuti Duar. *lib.* 1. *disp. c.* 33. qui primus hoc docuit.

(*d*) Atque ita judicatum testatur Vivius *l.* 2. *decis.* 263. *n.* 4. Vide citatos ab enucl. Don. *lit.* P.

(*e*) *l.* 5. C. *h. t.* & ibi Sich. *n.* 50. & 56. Fach. *lib.* 1. *cont.* 18.

(*f*) Perniciose igitur errant Judices, qui hoc jusjurandum passim, & sine delectu deferunt; ut queritur Jann. Old. *tract. de probat.* vide *capit.* 37. *infra in fin.*

(*g*) *l.* 31. *h. t.* Atque hinc actio, vel exceptio judicati; nam actio ex jurejurando hic non nascitur, cum non in eum finem deferatur, neque ex probationibus oriantur actiones; vide post alios Schneid. ad §. 11. *Inst. de act. n.* 100 Si is, cui delatum est, jurare nolit, pro confesso habendus. *l. manifestæ*, *hoc tit.* An victus hic in expensas condemnandus; ita usus fori servat, teste Ant. Fab. 19. *err.* 7. licet ipse dissentiat.

(*h*) *l.* 12. §. 1. *in fin.* C. *h. t.* Argumento a contrario, vel a cessante ratione; faciat *l. ult.* §. 1. *de appell.* Pet. Greg. de *appell.* 13. *n.* 13.

(*i*) Sed & adversus delationem ipsam appellari posse, ne præstetur jusjurandum, vulgo recte placuit.

(*k*) *d. l.* 31. *h. t.* Necesse autem est, ut hæc producens, juret se notitiam eorum antea non habuisse. Guid. Pap. *dec.* 201. *n.* 1. & *dec.* 243. *n.* 3. Menoch. *arbitr. ca.* 241. sed & adversarius probare potest præcedentem scientiam. Coras. in *d. l.* 31. *n.* 42.

quibus Judex non ex communi ligatorum consensu negotium transigit, sed altero invito, neque tam suam sententiam, & judicium profert, quam litigatoris, quem in re sua velut Judicem fecit (*l*).

CAPUT XX.

De necessitate suscipiendi jurisjurandi, itemque causis recusandi.

EDicti ordinem sequuti prius de vi jurisjurandi, quod in lite, & judiciis adhibetur, diximus; deinceps dicendum de necessitate ejus suscipiendi. Summa partis secundæ edicti hæc (*m*) est: Si deferens prius de calumnia juraverit, alter jurare, aut solvere, nisi referat jusjurandum, necesse habet. Gemina hic quæstio: an quis, cui delatum est jusjurandum, id suscipere cogatur; altera, si quis cogitur, & recusat, quæ sit cogendi ratio. Et sciendum est, hic quoque interesse, utrum extra judicium delatum sit, an judicio. Quod extra judicium de lite delatum est, impune recusari potest, quia cum nulla sit cogendi ratio, nisi per Prætorem, aut Judicem, nulla quoque hic suscipiendi est (*n*) necessitas; ac proinde manebunt integræ, & actori postea judicio agenti suæ actiones, & reo quandoque convento exceptiones suæ. Dixi autem si de lite jusjurandum extra judicium delatum sit; nam alia causa est jurisjurandi de calumnia, quod exigitur ab eo, qui de lite prius detulerat; siquidem hujus recusatio pro remissione (*o*) habetur. Si igitur ulla est jurandi necessitas, ea existet, cum judicio instituto jusjurandum defertur vel a Judice solo in causis dubiis, vel præsente Judice a parte parti. An ergo hic ea necessitas constituatur, & quatenus, tum cujusmodi ea sit, videamus. Primum, quod jusjurandum solus Judex pro auctoritate exigit, ejus suscipiendi necessitatem jure imponi ei, a quo exigitur, non est (*p*) ambigendum. De eo, quod a parte parti defertur, nonnulli secus existimarunt, sed falso. In errorem eos traxit Justiniani (*q*) constitutio, defunctorie, ut apparet, inspecta; quippe qua non minus aperte (*r*) refelluntur, quam aut (*s*) verbis hujus edicti, aut eorum Principum constitutione, qui sic rescripsere, delata conditione jurisjurandi reus per Judicem solvere, vel jurare necesse habet. Quod autem de reo dicitur, id in actore multo magis obtinere debet, utpote cujus conditio minus est favorabilis. Constat igitur in utroque hoc genere jurisjurandi eam necessitatem, quam quærimus, jure constitutam esse; quatenus ergo constituta sit videamus.

Constituta est hactenus, ut neutrum recusari possit sine causa legibus cognita. Ceterum ex causa utrumque potest; aliter tamen judiciale, aliter necessarium. Judicialis recusandi causæ nascuntur partim ex facto deferentis, partim ex facto ejus, cui defertur, partim ex re, quæ postulatur. Ex facto deferentis causæ ad recusandum (*t*) duæ; una, si ipse, postulante adversario, recuset prius jurare de calumnia; altera, si jusjurandum ante se delatum revocaverit. Exigendi jusjurandum de calumnia ratio hæc est: ne is, qui de lite detulit, adversarii superstitione abutatur, sperans fore, ut metu religionis non facile juret. Quod si id se sentire neget, æquum est eamdem conditionem in se admittere, quam in persona adversarii valere postulet. Ceterum non aliter jusjurandum de lite recusare licet ob non præstitum de calumnia, quam si is, cui illud delatum est, hoc ab adversario, & eo quidem, cui id injungitur, exegerit: nam satis esse visum est, si per eum non stet, quominus de calumnia (*u*) juret. Non omnibus vero injuncta est jurandi de calumnia necessitas, sed remissa parenti, & patrono, item parentibus patroni, liberisque ejus, quippe quibus hic honos perpetuo habetur, ut ne qua sit adversus eos postulatio, quæ doli, aut fraudis intentionem (*x*) habeat. Jure quoque fundorum idem jusjurandum remissum esse domino adversus vasallum, & (*y*) contra. His vero exceptis manet id, quod diximus, jusjurandum de lite delatum

(*l*) Et DD. nostri regulam tradunt; quandocumque fertur sententia ex probationibus privilegiatis, illam nunquam transire in rem judicatam. Vide Sich. in *l.* 1. C. *hoc tit.* *num.* 5.

(*m*) Ut colligitur ex *l. jusjurandum*, 34. §. *ait*, §. *qui jusjurandum*, & §. *datur*, ff. *l.* 9. C. *eod.*

(*n*) Nam ex mera conventione id proficiscitur. Don. ad *rubr.* C. *o. t. n.* 5. Schneid. in §. 11. *Inst. de act. n.* 11. Pet. Greg. 50. *synt.* 6. *n.* 3.

(*o*) *l. si non fuerit*, 37. *hoc titul.* de quo mox pluribus.

(*p*) *d. l. admonendi*, 31. *ff. hoc tit. cap. ult. ext. eod.*

(*q*) §. 2. *l.* 12. C. *eod.* & ibi Accurs. sed recte ad *d.* §. 2. respondet Pac. 3. *q.* 85. Quando dubitatur, utrum recte delatum sit, potest de facto recusari, sed an jure recusatum Judex dispiciet.

(*r*) §. *ult. d. t.* 12. ubi Justinianus diserte scribit, se hac sua constitutione nihil derogare antiquioribus legibus, constat autem inter omnes, antiquitus hic recusationi non fuisse locum.

(*s*) Verba edicti extant in *l. jusjurandum*, 34. §. *ait*, *ff. hoc tit.* Constitutio in *l.* 9. *Cod. eod.* adde Duar. *poster. comm. hoc tit. c.* 3. Bronch. 2. *ass.* 24.

(*t*) Quarum una est in *d. l. jusjurandum*, §. 4. altera in *l.* 11. C. *hoc tit.*

(*u*) Hoc jusjurandum de calumnia speciale appellatur, hodieque adhuc obtinent, quæ vero de tota lite præstantur, ea fere exoluere. VVes. *par. n.* 9. notavi *sup.* c. 8.

(*x*) *l.* 16. *eod. l.* 5. *l.* 3. §. *de obs. par. l.* 8. §. *penult. qui satisd. cog.* Manifestum igitur mendum est in Pandectis Florentin. *d. l. jusjurandum*, §. 4. ubi procul dubio legendum: *Atque patrono, atque parentibus remittitur*, ut & Accursium, & plures alios sine hæsitatione legisse constat.

(*y*) 1. *Feud. tit. de cons. vest. feud.* 33. §. 1. Hanc autem observationem feudalem in Camera non observari putat Rutg. Rulant. *de comm. p. l.* 2. *cap.* 14. *n.* 12.

latum juste recusari, si is, qui detulit, prior de calumnia, adversario postulante, jurare nolit. Illud præcipue hoc loco notandum, quod recusatio jurejurando de calumnia non solum de lite delatum recusari potest, sed recusantis etiam hæc sit pœna, ut quamvis adversarius non juraverit, perinde tamen, ac si jurasset, sententia secundum eum ferat, uti fieret, si parato jurare jusjurandum remissum (z) esset. Altera ex facto deferentis ad recusandum causa est, si is jusjurandum a se delatum, & necdum ab adversario præstitum revocaverit. Quod ideo a Justiniano (a) constitutum est, quia absurdum est redire ad id, cui semel renunciandum putavisti, aut ob desperatas alias probationes denuo ad sacramenti religionem convolare.

Is, cui defertur jusjurandum, ex uno hoc facto suo id recusare potest, si (b) referat. At referre semper non licet; nec licet ex trium harum causarum aliqua; si de facto ejus, qui refert, (c) quæritur, quia id nemo melius, quam ipse scire potest; si qui prius detulerat, relatum referre conetur, cum conditio jurisjurandi displicere non debeat ei, qui (d) detulit; postremo si, ut quis juraret, convenerit; quæ conventio utique hactenus servanda, ut deferenti ad exceptionem prosit, ne relatum sibi jusjurandum præstare cogatur (e).

Ex re, quæ postulatur, jusjurandum recusari potest, si datum non præstet juranti id, ad quod institutum est; proinde recte ex edicto recusabitur, si vel nocebit juranti, quod aut salva pietate, & bona conscentia jurare non possit, ob ignorantiam puta, aut facti (f) alieni, aut ætatis, aut etiam ob conceptionem jurisjurandi, delati iis verbis, in quæ viro bono jurare non (g) licet; vel si existimationem ejus gravabit, veluti si de ea re deferatur, de qua alius quoque agere (h) potest; vel damnum juranti in re familiari afferat; unde quibus in causis non cogimur judicium de re aliqua suscipere, ex iisdem nec (i) jurare, vel si inutile erit dumtaxat, quod accidit, cum vel is, qui defert, jus deferendi non (k) habet, vel is, cui defertur, instrumentis, aut testibus rem ante probavit (l).

Etiam jusjurandum necessarium, ut diximus, ex causa recusari potest; sed hic non plures causæ, quam duæ, & quæ raro incidunt; si aut de re (m) ignota deferatur, aut a profano Judice deferatur (n) illicitum. Unde apparet, majorem longe esse necessitatem hujus jurisjurandi suscipiendi, quam superioris, in quo tot sunt causæ recusandi, quas in hoc non cadere per inductionem colligenti constare poterit.

CAPUT XXI.

Præsente Judice jurandum esse; jurare, aut ad Judicem venire recusantem, quæ sit cogendi ratio.

Venio nunc ad præsentiam Judicis, a qua deinde tempestivus erit ad pœnam jurare recusantium transitus. Jurandi coram Judice necessitas aliam necessitatem secum trahit, ut absens huius rei causa ad Judicem venire (o) debeat. De quo sic habendum: Referre jusjurandum absens si velit, potest; potest & per procuratorem recusare; at jurare non potest, neque per se, ubi est, neque per (p) procuratorem, ubi agitur; ceterum antequam in absentem pœna statuatur, esse debet, quod ei imputetur, quod non venerit. Sic autem erit, si rite vocatus venire contempserit. Vocatur,

(z) *l. si non fuerit.* 37. *h. t.* Notumque est jure civili conditionem pro impleta haberi; quoties per adversarium stat, quominus impleatur. *l.* 24. *de cond. & dem. l. in jure*, 161. *de reg. jur.*

(a) in *l.* 11. C. *hoc tit.* ubi Don. *n.* 2. adde Borch. *hoc tract. c.* 6. *n.* 18.

(b) *d. l.* 34. §. *datur*, *l.* 39. ff. *l.* 9. C. *eod.* Adi de hac relatione Duar. *h. t. c.* 5. Ant. Fab. 19. *err.* 8. Menoch. *arbitr. c.* 189.

(c) *l.* 11. §. *ult. & ll. seq. rer. amot.* unde Menoch. *d. ca. n.* 7. scribit, cum veritatem ignorat deferens, scit is, cui defertur, nec recusari posse, nec referri.

(d) *d. l.* 34. §. *datur*, ff. *l.* 12. §. 1. C. *hoc tit.*

(e) *Arg. l.* 17. *in pr. eod.* Duar. *in prior. comm. c.* 5. *& post. cap.* 3.

(f) *d. l.* 11. §. 2. *rer. amot. d. l.* 34. §. 2. *&* 3. *hoc tit. l.* 4. *in pr. de lit. jur. per l.* 42. *de reg. jur.*

(g) Facit *l.* 5. §. 3. *hoc tit.* Cæremonia vero, quæ nihil superstitionis habet, non excusat, qualis olim fuit, ut juraretur tactis sacris scripturis. *l.* 12. §. *pen.* C. *eod.* modo adhibeatur, ut adversarius meminerit judicii, & iræ Dei, eoque metu tactus falsum ne juret. *l.* 12. *in pr.* C. *de jud.*

(h) Exemplum in *l.* 18. *h. t.* facias *l. Q. Mucius*, 48. *mand.*

(i) *l. tutor*, 35. §. *ult. h. t. l.* 28. §. 2. *de jud.* Ad hanc eamdem causam pertinet & species *l.* 14. §. 3. C. *de non numer. pecun.*

(k) Exempla in *d. l.* 18. *item in d. l.* 35. §. 1. *hoc tit.* vid *sup. cap.* 14.

(l) Quippe qui & sine jurejurando vincere debet, quod & honestius est, & ad existimationem aptius.

(m) Ut si hæredi deferatur de facto defuncti; nemo enim cogitur in facto alieno anceps perjurium subire. *l.* 4. *in pr. de in lit. jur.* Schneid. in §. 11. *Inst. de act. n.* 88.

(n) Ut sic non licet ei, cui defertur, integ. conscientia, & salva pietate jurare, & facit *l.* 5. §. 3. *hoc tit.*

(o) Quæ necessitas vetus est. *arg. l.* 15. *h. t.* non a Justiniano primum inducta. *l.* 11. §. 4. C. *eod.* Ut autem hoc fiat, non solum ad Judicis Officium pertinet. *l.* 9. *Cod. de jud.* sed etiam deferentis interest, nempe ut juraturus auctoritate Judicis metus numinis incutientis deterreatur a perjurio, adde Ant. Fab. C. *suo*, *defin.* 31. *hoc tit.*

(p) Multum interest inter fidem, ac religionem cujusque; facit *l.* 4. *ad Treb.* Quare non est audiendus procurator nomine domini jurare paratus: non enim huic jusjurandum defertur, sed domino. DD. tamen jusjurandum per procuratorem recte præstari volunt, si speciale mandatum habeat, ut in animam domini juret; per *l.* 13. §. *antep.* & ibi Bart. *de damn. inf.* Schneid in §. 11. *Inst. de act. n.* 104. Sichard. ad *l.* 12. §. 4. C. *h. t. n.* 3. vide Borch. *hoc tr. cap.* 4. *n.* 10. Bronch. 2. *ass.* 39.

tur, cui denunciatur, ut adsit in judicio jurandi (q) causa. Rite vocantur, qui a Judice per apparitorem certo tempore, intra quod adsit, præfinito (r) evocatur, quamvis ex aliena sit Provincia. Contemnit venire, qui abest per contumaciam, seu qui vocatur, cum possit, & deberet, non venit. Proinde qui vel non possunt venire vi, tempestate, morbo impediti, aut muneris publici causa retenti, vel qui venire necesse non habent, jure hanc necessitatem remittente, pro contumacibus minime sunt habendi. Remittitur autem veniendi necessitas vel ob intervallum locorum, ne quis sine gravi causa evocetur per (ſ) longum iter; aut ob conditionem personæ, ubi ratio sexus, infirmitatis, paupertatis, officii, dignitatis (t) habenda. Ad hos igitur domum mitti (u) oportet ad jurandum; idque sumptibus, ut opinor, (x) deferentis. Non autem quemvis misisse sufficit; sed exigitur, ut ex iis, quos Judex in ministerio publico habet, mittatur vir idoneus, & (y) intelligens, Scriba, aut Notarius, qui hic partibus judicis fungatur, idest, qui jusjurandum absentis, aut relationem, aut recusationem audiat, excipiat, & ad Judicem referat; nam honori, & dignitati Judicis tributum, ne ipse ire (z) cogatur. Quod si absens ex alia Provincia erit, dabit operam Judex, ut ibi, ubi degit, sub actorum testificatione jusjurandum vel det, vel referet, vel recuset; quæ deinde ad Judicem litis (a) remittantur. Judex autem ejus territorii adversus absentem eadem faciet, quæ faceret Judex litis, si absens ejus jurisdictioni subjectus esset; proinde si propter intervallum locorum hoc ei concessum est, ne extra Provinciam extrahatur, eum Judex territorii ad se avocabit, jurantemque coram audiet. Quod si conditione personæ venire non cogatur, mittet ad eum, & quæ acta erunt, ea excepta, & consignata ad Judicem litis referenda curabit. Postremo etiam deferenti potestas fieri debet, eo, si videtur ad diem constitutum veniendi, vel per se, vel per procuratorem, ut adsit iis, quæ de jurejurando aguntur (b).

Videamus nunc id, quod superest ad necessitatem jurandi statuendam, quæ sit ratio cogendi, si quis aut præsens jurare, aut absens ad Judicem venire jurandi causa recuset. Et quoniam una utriusque pœna est, sermonem ad eum solum conferemus, qui præsens jurare jussus non paret. Igitur ejus, qui sine causa apud Judicem jurare non vult, pœna summa una est, ut pro confesso, & convicto (c) habeatur. Id quod partibus pœnæ propositis planum fiet. Pœna hæc partim in re principali consistit, partim in sumptibus jurisjurandi interponendi causa factis. In re principali alia constituta est adversus reum, alia adversus actorem. Adversus reum, ut si nec jurare, nec referre jusjurandum paratus sit, solvere cogatur. Hoc constituto videndum porro, quis hic, a quo, ad quam rem cogatur, tum quæ sit ratio cogendi. Is, qui cogitur, est is, quo cum agitur, sive actione in personam, sive in rem, uno verbo reus, sive debitor sit, sive possessor; nihil enim interest, cum in proposito non minus hic, quam ille pro convicto, & condemnato habeatur. Is, qui cogit, est Prætor, sive Magistratus, seu is, qui jurisdictioni præest; Judicis, ut Judicis, partes hic nullæ, nisi ut jurare recusantem condemnet, cujus sententiam exequutioni mandare solius est (d) Magistratus. Quam ad rem? ut solvat; quo verbo ex sententia edicti omnis præstatio ejus, quod petitur, quamvis actione continetur. Cogendi ratio, non ut vi armata terreatur, sed ut remediis juris, pignoribus capitis, & distractis urgeatur (e) ad solutionem. Tempus edicto non expressum; sed quod tempus condemnato ad solvendum datur, idem concedendum jurare recusanti, quippe qui & ipse prius (f) condemnandus, similiter ut convicti omnes, & confessi. De actore nihil edicto cautum legimus, sed ex ratione edicti quid Prætor sentiat non potest esse obscurum. Ratio edicti hæc est, quod manifestæ turpitudinis, & confessionis sit, nec jurare, nec jusjurandum referre. Hæc ratio generalis est ad utrumque litigatorem ex æquo pertinens. Et vero, quod actori adver-

(q) *l.* 3. §. *ult. de testib.* sed & qui detulit, citandus, ut paulo post.

(r) *Arg. l.* 29. §. *ult. de mun.* Nov. 90. *c. ult. l.* 19. C. *de testam.*

(ſ) Per *l.* 3. §. *ult. de testib.* vide Gilken. in *d.* §. 4. *l.* 12. C. *hoc tit.*

(t) In quibus multa Judicis arbitrio definienda relinquimus cum Menoch. *arbitr. cas.* 59. *& seq. item casu* 70. Vide interim *l.* 15. *hoc tit. l.* 19. *de testib. cap. cap. si quis, ext. eod. l.* 21. C. *de proc. l.* 7. *& Auth. sed. Judex,* C. *de Episc. & Cler. l.* 1. 2. *& ult.* C. *de profess. & med. lib.* 10. *l.* 1. C. de *dign.* Duar. *comm. prior. hoc tit. c.* 7.

(u) Sicut de personis egregiis, & qui valetudine impediuntur, scriptum est in *d. l.* 15. *h. t.*

(x) *Arg. l.* 10. *de reg. jur. l. ult.* *Cod. de stat. & imag.* Alii Judicis arbitrio hic etiam multum tribuunt, Menoch. *arb. cap.* 228.

(y) *d. Auth. sed Judex,* C. *de testib.*

(z) *l. Jubemus,* 37. §. *ult.* C. *de Episc. & Cleric.*

(a) Vide *l.* 12. § 4. C. *hoc tit.* junct. *l.* 18. C. *de fid. instr.*

(b) *d. l.* 12. §. 5. Si per contumaciam non compareat, jusjurandum delatum pro præstito habendum.

(c) *l. manifestæ,* 38. *h. t.* cui solum superest, ut solveat. *l. jusjurandum,* §. *ait Prætor, eod.*

(d) *l.* 15. *in pr. de re jud.* nec obstat l. 9. C. *hoc tit.* nam & Magistratus Judices appellari notum est. *tit, de reb. auct. jud. poss. l.* 2. *si quis in jus voc. l.* 8. *in pr. qui satisd. cog. & similib.*

(e) *arg. l.* 9. C. *de obl. & act.* junct. *l.* 1. 2. *& ult.* C. *de exequut. rei jud.*

(f) *d. l.* 34. §. *ult. hoc tit.* & vulgo DD. tradunt, ut recusans habeatur pro confesso, requiri sententiam declaratoriam, quo faciunt, quæ in simili tradit Gail. 1. *observ.* 86. *n.* 1.

adversus reum conceditur, id in pari causa reo denegari non debet adversus actorem. Quæ igitur hic pœna? neque enim eadem hic esse potest, quæ adversus reum; sed & hoc ex superiore ratione intelligitur; nam si etiam actor jurare nolens, pro confesso, & convicto habetur, consequens est, ut reus a petitione illius absolvatur, sicut fieret, si actor de intentione sua nihil probaret. Quare si ante litem contestatam jurare recusabit, denegabitur ei a Prætore actio; si idem faciet lite jam contestata, reus sententia Judicis (*g*) absolvetur. Ceterum quod in reo jusjurandum recusante, & damnato servatur, ut a sententia Judicis adversus eum lata appellare possit, id etiam in actore servandum, ut utrobique in causa appellationis quæratur, non an reus debeat, aut actori debeatur; sed an jurisjurandi recusandi justam causam (*h*) habuerint. Atque hæ quidem pœnæ de re principali constitutæ. At quid statuendum de sumptibus, si qui facti sunt, puta viaticis, salariis apparitorum, aut ministrorum Judicis, si forte longius ad absentem missum jurandi causa? Et quamvis neque de his quidquam verbis edicti cautum reperitur, tamen sententia edicti etiam hic manifesta est: nam si is, qui jurare recusat, pro confesso, & convicto habeatur, victus autem victori in expensas condemnandus est, perspicue palam inest recusantem, sive actor, est, sive reus, etiam in impendia, quæ diximus, esse (*i*) condemnandum; quamvis ea rebus integris prærogari a deferente oporteat.

CAPUT XXII.

De jurejurando in litem, quod vocant affectionis.

Ex duobus generibus jurisjurandi, quæ ad litis decisionem spectant, hactenus de eo dictum est, cui sola litis decisio proposita. Est & alterum, quod & ipsum quidem ad litis decisionem pertinet, sed quod maxime ob delictum rei interponitur, atque ejus contumaciæ coercendæ causa soli defertur actori. Nostri jusjurandum in litem appellant. De quo etsi & alius dicendi locus occurrere potest, in postrema nempe parte judicii, ubi de rei petitæ æstimatione disputabitur, tamen id hoc loco potius, exequi visum est, ne species unius, & ejusdem generis divelleremus. Jurare in litem nihil aliud est, quam litem, seu rem, de qua lis est, jurejurando (*k*) æstimare. Cum autem non temere actor constitui debeat Judex in propria causa, receptum est hoc jusjurandum nonnisi summa æquitate exigente, idque alias de rebus, & simul de earum æstimatione, qua amissæ dicuntur, nec probantur, adversus eum, qui vi aliquem de possessione dejecit, quod a (*l*) Zenone primum introductum; alias de æstimatione rei petitæ tantum adversus frustratores reos, quod solum veteribus cognitum, & explicatum. Hujus autem duo sunt genera: unum, quod vocant affectionis; alterum (*m*) veritatis. Affectionis jusjurandum est, quo actor jurat, quanti rem æstimet ex (*n*) affectione; atque hoc fere per antonomasiam vocatur in litem. Omnis autem de eo quæstio in his quinque: ut quæratur, cui deferri possit, quibus in actionibus: quamobrem, & adversus quos; quibus de rebus; quæ vis ejus, & necessitas.

Comparatum est hoc jusjurandum ad sublevandum (*o*) actorem adversus injuriam rei, qui debitum non præstet; veruntamen non omni actori deferri potest, sed soli domino litis, eique, qui eam suo nomine (*p*) contestatus est. Procurator igitur, qui alieno nomine judicium suscepit, quamvis & ipse pro domino litis (*q*) habetur, tamen quia revera, & emolumento dominus non est, hoc jusjurandum (*r*) non præstat. De tutore, & curatore idem dicendum videbatur, quos & ipsos dominos non esse constat; sed quia hi rem pupilli, vel adolescentis pro potestate sua tamquam domini in judicium deducunt, placet eos in causa tutelari, si velint, jurari posse; dum non ad suam utilitatem jurisjurandi æstimationem referant, sed ad eorum, quorum curam, vel tutelam (*s*) gerunt. Illud pene supervacuum monere, ne vero quidem domino jusjurandum in litem recte deferri, si judicio, quod satis sit ad rem æstimandam, careat, qualis

(*g*) *d. l. 34. §. datur autem. & §. ult. hoc tit.*
(*h*) *l. 12. §. 2. vers. fin. autem, C. hoc tit.*
(*i*) Vide *cap. 39. infra in fin.* Dissentit Ant. Fab. 19. *err. pragm.* 6. Distinguit Sichard. post Bald. quem vide in *d. l. 12. §. 4. n.* 10 *& seq.*
(*k*) *l. 1. l. 3. l. 4. §. hoc tit.* seu jurare quanti actoris intersit. *l. 8. l. pen. eod.* litem enim hic accipimus rem, de qua lis est. Duar. ad *hunc tit. cap.* 1. Don. ad *rub. eod. n.* 2.
(*l*) *l. 9. C. unde vi*. de quo vid. Nyns. 4. *obs.* 22. & 5. *obs.* 71. Ant. Fab. 18. *err.* 8.
(*m*) Hasce appellationes docendi causa retineri, & defendi posse ostendit utriusque generis definitio. add. Borch. *hoc tr. c. 2. n. 16. & seqq.*
(*n*) Id quod sæpe verum pretium excedit. *l. 1. l. 8. hoc tit.*
(*o*) *l. 2. §. 1. l. 5. in fin. eod.*
(*p*) *l. 7. eod.* quibus verbis satis aperte removetur procurator.
(*q*) *l. procuratoribus*, 22. & *l. seq. C. de procur.* vide *sup. lib. 3. c. 26.*
(*r*) Ne qui falsa, aut dubia æstimatione lædatur. Sive enim de affectione domini quæritur, ea soli domino cognita; sive de vera æstimatione, ea non ut domino certa esse solet, ita & procuratori.
(*s*) *l. 4. in pr. hoc tit.* Igitur etsi mater pupilli non admittatur ut mater, quia litis domina non est, admittenda tamen est ut tutrix. Zas. ad *d. l. 4. n.* 8. Don. *n.* 7.

qualis est impubes, furiosus, prodigus; adolescens vero in litem jurare potest (*t*).

Actionum genera, in quibus in litem juratur, duo sunt: arbitrariæ, & bonæ (*u*) fidei; nam in strictis judiciis huic jurijurando non est locus. Arbitrariarum autem actionum quædam in rem sunt, aliæ in personam. In rem hic intelligimus non tantum quibus rem nostram petimus, sed etiam publicianam, hypothecariam, confessoriam, negatoriam, & ceteras, in quibus tamquam domini rem juris nostri (*x*) vindicamus. In personam est actio ad exhibendum; ac de ea quoque generaliter accipimus, ut adversus eum, qui dolo non exhibet, juretur in litem, nec interfit, ad quam (*y*) actionem illa ad exhibendum aditum paret. In personam quoque sunt actio, quod metus causa, de dolo, rerum amotarum, calvisiana, atque in his omnibus, & si quæ sunt aliæ, quæ rei nostræ, aut a nobis profectæ restitutionem persequuntur, & arbitrariæ sunt, similiter in litem (*z*) juratur. In bonæ autem fidei judiciis placet hæc distinctio: ut si agatur de re a nobis profecta, quæ & nostra mansit, restituenda, ibi juretur in litem, ut in commodato, deposito, locatione, (*a*) actiones rei uxoriæ; non juretur, si petatur res aliena, ex obligatione nunc primum nobis (*b*) præstanda, ut fit in actione ex empto, quippe cum hic cesset ratio deferendi, quæ mox intelligetur.

Causa, ob quam in litem juretur, duplex: una in persona rei, adversus quem juratur; altera in persona petitoris, cui jusjurandum defertur. In eo, adversus quem juratur, genere una est, dolus scilicet non restituentis, aut exhibentis; nam culpam, levis est, Judex æstimat, latam dolus non (*c*) excludit. Doli autem hic duplex ratio; nam & præsens est; & præteritus. Præsens, cum qui possidet, aut facultatem restituendi habet, jussus restituere non paret; qui proprie (*d*) contumacia dicitur. Præteritus, cum quis dolo fecit, quominus possideat, aut restituere (*e*) possit. In persona petitoris causa est jus, & affectio in re petita, quam ejus esse, aut ad jus suum pertinere constet; iniquum enim veteribus visum est, cogi quemquam re sua carere, & suo pretio eam alteri (*f*) vendere. Cum itaque hæ duæ causæ conjunctæ locum hic jurijurando faciant, dolus, inquam, rei, & petitoris affectio, satis apparet ex altera, non de omnibus rebus, quod quarto quærendum erat, in litem jurari, sed de iis solum, quarum pretium cum incertum sit, arbitrio domini ex affectione ejus statui possit; quales sunt res, quæ sua specie, non quantitate æstimantur. De nummis autem, verbi gratia, depositis nulla causa est, cur in litem juretur; nam si eorum æstimatio quæritur, hæc per se certa est, si affectio domini, ea in nummos non (*g*) cadit. Eadem fere & ceterarum rerum, quæ pondere, numero, mensura constant, ratio (*h*) est. Plane si convenerit, ut nummi certa die redderentur, nec redditi sint, placet jusjurandum in litem deferri posse, non ut quis juret de nummis, sed de eo, quod sua interest, nummos sibi sua die redditos esse. Quid enim si sub pœna pecuniam debuit, aut sub pignore? & dum ea non redditur, in pœnam incidit, aut pignus distractum est (*i*).

Vis jurisjurandi in litem hæc est, ut servari debeat, idque Judex sequi teneatur, sed suis tamen conditionibus, quæ duæ sunt. Prima est, si juretur deferente Judice; nam cum hic etiam de re ad Judicem pertinente agatur, nempe de punienda contumacia adversus eum commissa, merito hæc delatio arbitrio ejus, & pote-

(*t*) Textus est expressus in *d. l. 4. in fin.* Adolescens quidem & ipse curatoris sui consensu judicio experitur; sed tamen non tam curator agere videtur, quam adolescens ipse. Ita Borch. *hoc tr. c. 3. n. 23.*

(*u*) *l. 5. in pr. & §. ult. h. tit. l. 3. §. 2. commod. l. qui restituere, 68. §. 1. de rei vindic.*

(*x*) De hypothecaria textus est in *l. 15. §. 2. l. 21. §. ult. de pign.* de confessoria *leg. 7. in fin. si serv. vind.* de publicana *argum. in l. 7. §. in publiciana, de public. in rem act.* adde Borch. *hoc tr. c. 4.* Menoch. *arb. c. 207. & 1. arb. q. 5. n. 21.* petitio quoque hæreditatis actio in rem est. *l. 25. §. antep. de hæred. pet.* & in ea in litem juratur. *d. l. 25. §. hæc verba*. sed hoc judicium bonæ fidei est. *§. 28. Inst. de act.*

(*y*) *l. 3. §. 1. & seqq. ad exhib.* Juratur autem hic non quanti ex affectu æstimetur res, quæ exhiberi postulatur, sed quanti damnum, quod negata exhibitione oritur.

(*z*) *l. 18. de dolo. l. 8. §. 1. rer. amot. leg. 5. §. 1. si quæ in frau. patr.*

(*a*) *l. 3. §. 2. commod. l. 1. §. in depositi, 26. depos. l. si cui, 48. §. 1. loc. l. si filiofam. 25. §. 1. sol. matr.* item in actione tutelæ, cum res suas pupillus repetit. *l. 8. hoc tit.*

(*b*) Hæc distinctio est Azonis, & Fulgos. probata Duar. in *l. 5. hoc tit. num. 21. & seqq.* Don. *ibid. num. 4. & seq.* Ant. Fab. *6. conj. 17. & 16. conj. 15. item 17. err. 7. & 9.* Borch. *hoc tr. cap. 4. n. 7.* Contra veteres plerosque.

(*c*) *d. l. 5. §. 2. hoc tit.* junct. *l. 2. Cod. eod.* Ita recte Fulgos. Duar. *d. loc. numer. 33.* Borch. *cap. 5. numer. 5. & seqq.* Bronch. *2. enarran. 30.* contra Accurs. & DD. vulgo.

(*d*) *l. 1. l. 2. §. 1. l. 8. hoc tit. l. 18. dolo. l. 8. §. 1.* junct. *l. 10. rer. amot.*

(*e*) *l. qui restituere, 68. de rei vind. l. 16. §. 3. de pign. l. 25. §. hæc verba, de hæred. pet.*

(*f*) *l. 7. rer. amot* Utraque causa conjunctim exposita à Marcello in *l. 8. hoc tit.*

(*g*) *l. 3. hoc tit.* Quod secus est in rebus, quæ sua specie æstimantur, puta prædiis, animalibus, servis, &c. Don. in *d. l. 3. n. 1.*

(*h*) De vaso quoque argenteo idem judicatum refert Ant. Fab. C. *suo, hoc tit. def. 2.* Eamdem quoque rationem esse librorum ejusdem editionis tradit Beust. ad *rubr. hoc tit. n. 149.* Sed neutrum indistincte admittendum, quia in hæc etiam affectio cadere potest, si forte a parentibus, cognatis, aut amicis nobis relicta.

(*i*) *d. l. 3. hoc tit. l. 2. §. ult. de eo, quod cert. loc.* adde Don. ad *l. 8. d. tit. in pr.*

& potestati permissa (*k*) est. Ergo nec si reus ipse detulerit, eo tenebitur, si postquam juratum est, eo teneri nolit. Plane si proponas convenisse, ut tanti reus condemnaretur, quantum actor jurasset, id servandum erit propter conventionem; non tamen ut in (*l*) litem. Secunda conditio est, si actor taxationem Judicis non excesserit. Jurare quidem in infinitum, seu in eam summam licet, quæ pretium rei longe (*m*) excedat, idque & Judex sequi debet, cum taxatio jurijurando adjecta (*n*) non est; sed si Judex certam summam præfinierit, ad quam usque juretur, tum ultra jurare non licet. Hoc autem Judex facere potest, cui eidem licuit in totum (*o*) non deferre. Sed etsi Judex modum jurijurando non statuerit, aut intra modum statutum juratum sit, potest tamen Judex jusjurandum non sequi ex magna causa, & postea repertis (*p*) probationibus. Postremo hoc genus jurisjurandi in litem totum voluntarium est, comparatum actoris causa non solum ad eum sublevandum, sed etiam ad augendum; qui idcirco id impune recusare potest, si de vera rei æstimatione probare velit (*q*).

CAPUT XXIII.

De jurejurando in litem, quod veritatis appellant.

JUsiurandum veritatis est, quo jure actor, quanti rem æstimet ex vero, seu quanti (*r*) vere intersit. Hoc jusjurandum duæ (*ſ*) res inducunt: interitus rei, & culpa debitoris. Primo exigitur, ut res perierit; nam quæ adhuc extat, eam sine delatione jurisjurandi Judex ipse æstimare potest. Quod autem de toto jus est, idem & de parte intelligimus, ut si res deterior facta sit, eatenus quoque periisse, nec extare intelligatur. Secundo exigimus, ut mora, aut alia culpa debitoris intervenerit, quæ perpetuet obligationem; quoniam si sine culpa ejus res debita perierit, ipso jure (*t*) liberatur. Locum habet hoc jusjurandum etiam in actionibus stricti judicii, veluti si ex stipulatu, aut ex testamento (*u*) agatur. Sed etsi actio ex delicto oriatur, placet nihilominus ex iisdem causis hoc jusjurandum deferri, ut si furti agatur, aut condictione (*x*) furtiva. Suscipiendi jurisjurandi ne hic quidem ulla necessitas, si de jure constituto quæritur; sed liberum est actori etiam hoc recusare, si de æstimatione testibus, aut instrumentis probare (*y*) malit. Quod si quæratur de jure actoris, ex necessitate in litem juratur, non quod de æstimatione docere volens audiri non debeat; sed quia rei, quæ non extat, æstimatio difficillime probari possit; nec Judex tam æstimare queat sine dilatione jurisjurandi absque partis utriusque (*z*) injuria. Vis hujus jurisjurandi eadem, quæ superioris: unum exigimus, ut Judex deferat. Hoc interest, quod is, qui affectu rem æstimat, non potest dici (*a*) pejerasse, qui non ex affectu, sed quanti res vere est, potest. Ceterum de perjurio ejus non facile quæri solet, nec nisi in re pecuniaria, si reus de damno privato laboret, idque instrumentis postea repertis probet (*b*).

De probationibus.

CAPUT XXIV.

Cui incumbat probatio.

ATque hæc quidem ligatorum causâ comparata sunt, quorum commodum in eo, ut a labore probationum, aliisque litis molestiis liberentur, si rem pactione aliqua, aut jure-

(*k*) *l.* 4. §. 1. *l.* 5. §. 1. *hoc tit.* Don. in *l.* 4. §. 1. *num.* 1.

(*l*) Sed ut decisorium. ad Duar. *hoc tit. cap.* 4. *in poster. comm.*

(*m*) *l.* 1. *l.* 4. §. 2. *eod. l.* 68. §. 1. *de rei vind. l.* 18. *in pr. de dol.* Duar. ad *d. l.* 5. *n.* 27. *& seq.*

(*n*) *d. l.* 4. §. 3. *hoc tit. d. l.* 68. §. 1. *de rei vind.*

(*o*) *l.* 5. §. 1. *d. l.* 4. §. 3. & ibi Don. *n.* 3. *& seqq. l.* 3. §. 2. *ad exhib.* Borch. *hoc tr. ca. ult. n.* 2. Menoch. *arb. ca.* 207. *n.* 29. & vulgo DD.

(*p*) *d. l.* 4. §. 3. facit *l. admonendi*, 31. *de jurejur.* Don. in *d.* §. 3. *n.* 1. *& seqq.*

(*q*) Ut recte Bart. ad *l. ultim. hoc titul.* & probat *l. quod si possessor*, 71. *de rei vind.* Borch. *hoc tr. cap.* 3. *num.* 27.

(*r*) Omni affectione remota. Menoch. *arbitr. cap.* 208. *num.* 2. Qui hoc jusjurandum non agnoscunt, refelluntur aperte *l.* 2. §. 1. *l.* 3. & maxime *l.* 5. §. *ult. h. tit.*

(*ſ*) Notatæ in *d.* §. *ult. l.* 5. junct. *l. seq. eod.* ubi vide Don. adde Borc. *hoc ptr. c.* 5. *n.* 16.

(*t*) *l.* 13. *de verb. obl.* & quidem ita, ut nec æstimationem debeat. *l. in ratione*, 33. §. *incertæ. & seq. ad l. Falcid.*

(*u*) *d. l.* 5. *ult. l.* 6. *eod.* Multo magis igitur in bonæ fidei, & arbitrariis, in quibus & eadem æquitatis ratio, & natura actionum plenior. Don. ad *d.* §. *ult. n.* 21.

(*x*) *l.* 9. *hoc tit.* Qui quidem Textus de actione furti manifeste loquitur, ut Don. *ibi. num.* 1. non de condictione furtiva, ut Zaf. *num.* 3. Ceterum eadem hic utriusque actionis ratio; nam utrobique res furtiva æstimanda, etiam in actione furti, ut constet de simplo, quod duplandum, &c.

(*y*) *Arg. l. pen. C. de pact.* Actoris enim causa & hoc jusjurandum proditum est.

(*z*) *l.* 5. §. *ult. hoc titul.* ubi vide quæ notat Don. *num.* 15.

(*a*) Quia de arbitrio, & affectu suo jurat, non de vero pretio. Don. ad *l. ult. hoc tit. de probat n.* 7.

(*b*) *d. l. ult.* junct. *l.* 31. *de jurejur. in fin.* S. criminaliter agatur, nulla admodum idonea causa esse videtur de perjurio quærendi, cum privati nihil intersit. *l.* 7. §. 1. *de injur.*

jurejurando dirimere velint. Quod si malint, his rebus omissis, judicio porro contendere, sciant, quantacumque auctoritate præditi sint, fidem sibi dicentibus habitum non iri, nisi simul ea, quæ dixerint, probent. Hic ergo inducitur probationum necessitas, si adversarius neget; in quo cognoscendo præcipue versatur officium Judicis. Probare est rei (c) dubiæ (d) legitimis argumentis Judici fidem facere. Quatuor hic potissimum quærenda: quis, cui, quid, quibus modis probare debeat, seu quæ sint species probationum. De primo hæc certa, & perpetua juris regula est: ei incumbit probatio, qui dicit, non ei, qui (e) negat. Habet hæc regula, ut ex verbis patet, duas partes; quarum una est de affirmante litigatore, altera de negante. De affirmante hæc: ei incumbit probatio, qui dicit. Hoc vero non magis ad actorem, quam ad reum pertinet, prout quisque pro se quid dicit, aut intendit. Et primo quidem, quoniam actor semper aliquid intendit, semper etiam id, quod intendit, probare debet, quoties reus ejus, quod intendit, infitiatione (f) utitur. Quod si reus de intentione actoris confessus aliqua defensione se tuebitur, qua vel ipso jure se liberatum dicat, vel intentionem actoris per exceptionem removeat, hic quia & ipse reus aliquid dicit, & intendit, id, quod dicit, ex superiore regula (g) probare debet. Exemplo rem declaremus: petit aliquis decem mutua a Titio, quæ se dicit ei mutuo dedisse, hic si reus neget, se mutuum accepisse, actoris est intentionem suam implere, & probare; quod si mutuum se accepisse reus fateatur, sed se solvisse dicat, aut pactum esse, ne a se peteretur, hoc ipse probare debet, non actor solutum non esse, aut non (h) convenisse. Movere nos non debet, quod generaliter definitum (i) legimus, necessitatem probandi semper incumbere ei, qui agit; vel quia hoc sic accipi potest, si reus simpliciter neget, quod actor intendit; vel quia reus in omni defensione, quam allegat, pro actore (k) habetur. De illo ambigi potest. Petit actor decem mutua, quæ se numerasse dicit, is unde petitur, non aperte debitum fatetur sed simpliciter pecuniam solutam esse dicit; utrum hic uterque quod intendit, probare debeat, an solus reus, qui solutionem allegat? Sed verius est soli reo in proposita specie probationem ejus, quod dicit, incumbere; quippe qui hoc ipso, quod solutionem allegat, debitum fateatur, cum nulla possit esse nisi rei debitæ vera (l) solutio. Plane si dicat, se nescire, forte quia hæres est, an pecunia numerata sit, sed si numerata est, etiam esse solutam, audiri debet; ut hoc casu prius actor cogatur probare pecuniam numeratam esse, deinde suo ordine reus esse (m) solutam. Enim vero non in omnibus controversiis ex superiore regula res expediri potest; non iis, in quibus uterque dicit, uterque negat, quæriturque uter actoris, uter rei partes sustinere debeat; ut si in judicio petitorio rei corporalis uterque se possessorem esse contendat. Sed hic res transigitur per interdicta retinendæ possessionis, quibus cavetur, ut is pro possessore habeatur, qui non injuste adversarium tempore litis contestatæ possidet, alter vero onus actoris sustineat, eoque non probante in suo loco maneat (n) possessio. In petitione servitutum spectatur, uter sit in possessione juris, quod deberi vel asseritur, vel negatur, ut illi, qui in ea possessione sit, commodo possessoris fruatur; tametsi prior ad judicium (o) provocaverit. Præjudiciorum quoque eadem ratio, ut qui sine dolo malo in possessione est ejus juris, quod sibi vindicat, onus probandi transferat in (p) adversarium; nisi forte lis de alia re principaliter instituta sit, cujus per occa-

(c) Idest, facti incerti, & de quo dubitatur; nam notorium non indiget probatione. *cap.* 3. *de testib. cog.* VVesemb. *par. hoc tit. num.* 7. nisi Judici de eo non constet. Sichard. ad *rubr.* Cod. *hoc tit. num.* 3. vide Mynt. 6. *obs.* 3.

(d) Semper quidem testibus, aut tabulis, juxta sententiam Isidori in *cap. servus*, *ext. de verb. sign.* Directe autem non semper, sed sæpe oblique per argumenta ducta ex eo, quod testibus, aut Instrumentis ostenditur. vid. *cap. seq.*

(e) *l.* 2. *ff. hoc tit.* Cujus rei ratio in commune reddetur paulo inferius.

(f) Exempl. in *l.* 21. *ff. l.* 8. *l.* 23. C. *eod.* Non probante actore, reus etsi nihil ipse præstiterit, absolvitur. *l.* 4. C. *de eden.*

(g) *l. in exceptionibus*, 19. *ff. l.* 1. C. *hoc tit. l.* 1. *ff. de except.*

(h) *d. l.* 1. C. *d. l.* 19. *ff. hoc tit.* Plura exempla in titulis huc pertinentibus passim occurrunt. Adde Duar. *prior. comm. hoc tit. cap.* 11. *&* *poster. cap.* 4.

(i) *d. l.* 21. *ff. hoc tit.* §. 4. *Instit. de leg. in fin. &* *similib.*

(k) *d. l.* 19. *h. tit. l.* 1. *de except.* Quia tunc ipse reus lite pulsat adversarium, cum quid ei objicit, quod adversarius negat. Don. ad *l.* 8. C. *hoc tit. n.* 4.

(l) Uterque quidem in exemplo proposito aliquid dicit; sed quod dicit actor, non est controversum; ergo id solum probandum, quod a reo dicitur. Duar. in *prior. com. cap.* 12. Don. ad *l.* 1. *n.* 5. C. *h. tit.* quæ & sententia Dini fuit in *cap. nullus pluribus*, *de reg. jur. in* 6. quem & Cyn. sequitur in *d. l.* 1. Contraria tamen sententia placet Bart. & DD. vulgo, teste Sich. ad *d. l.* 1. *n.* 3. quam & probari putat *l.* 9. *de exc.* adde Ferrar. in *form. resp. rei conv. ibi; Salvis aliis exceptionibus.*

(m) Facit *l.* 9. C. *de except.* & ibi Don. *num.* 3.

(n) §. *retinendæ*. *Inst. de interd.* Don. ad *l. vis ejus*, 16. *num.* 4. *& seqq.*

(o) Nam licet verbis sit petitor, qui litem hic intendit, effectu tamen, ac commodo excipit, ac possessor est. *l.* 6. §. 1. *l.* 8. §. 3. *si serv. vind.*

(p) *l.* 14. *ff. hoc tit. l.* 10. *l.* 1. 2. *de lib. ca.* Don. in *d. l.* 15. C. *hoc tit. n.* 11. *& seq.* Quod si concurrat utriusque partis injusta possessio, puta a domino vis, ab eo, qui se liberum dicit, fuga, initium spectandum est, quod fuit ante vim illatam. *d. l.* 15. ubi Don. *num.* 14. Sich. *ibid. n.* 4.

occasionem præjudicium (*q*) redditum. Idem juris & in quasi possessione privilegii servari oportere (*r*) Accursius censuit; sed verius est, quod & vulgo placuit, eum, qui privilegio se a muneribus publicis excusat, causam privilegii probare debere, sive id privilegium antea usurpaverit, sive non usurpaverit; cum nihil sit in proposito, quod excusanti patrocinari debeat, cum factum alleget, cujus probatio incumbit dicenti (*ſ*).

Altera pars regulæ superiori contraria est de negante in hanc sententiam: ei, qui negat, necessitatem probandi non incumbere. Et hæc definitio non minus vera est, & perpetua, quam superior, si modo recte accipiatur. Hoc ergo dicimus; nunquam eum, qui (*t*) negat, cogi probare quod negat; nihil hic interesse, utrum is, qui intendit, intentionem suam implere nolit, an non possit implere; idque duplici ratione constitutum; tum quia nos ipsa æquitas docet, neminem facto alieno onerari (*u*) debere: tum etiam quia factum negantis per rerum naturam nulla (*x*) probatio est. Finge enim me centum testes producere, qui negent se vidisse pecuniam mihi numerari; ideo ne consequens est, numeratam mihi non (*y*) esse? Quid si totidem instrumenta proferam? tantumdem efficietur. Sensus autem hujus sententiæ, ut eam recte accipiamus, hic est: Negantis, quatenus solum negat, nec quidquam affirmat præterea, nulla per rerum (*z*) naturam probatio est. Quod si prius aliquid affirmet, & probet, unde id, quod negat, per consequentiam colligatur, hic jam non quatenus negat, sed quatenus affirmat, probare intelligitur. Exempli gratia, negat possessor, qui actione in rem convenitur, actorem dominum esse; hanc negationem possessor facile probare potest, sed ita, si prius se dominum esse dicat; nam hæc probatio necessario efficitur, actorem dominum (*a*) non esse. Negat hæres, quod legatarius affirmabat, bona sufficere ad legata exsolvenda, poterit hæres hoc probare ostensa prius quantitate legatorum, & patrimonii (*b*) defuncti. Facti quoque, quod tempore, & loco circumscribitur, negatio natura probari potest; ut si quod Lugduni mihi numeratum fuisse dicitur calendis Januariis, id mihi numeratum esse negem, quia eo die Romæ (*c*) fuerim. In his igitur, & id genus aliis, cum non negationis, sed affirmationis probatio sit, constanter iterum definimus, ei, qui negat, probationem non incumbere. Dubitatum tamen, an in omnibus etiam causis, tam criminalibus, quam civilibus, & pecuniariis, huic regulæ locus sit. Et non solum (*d*) certa auctoritate juris auctorum, sed etiam evidenti æquitate omnium causarum communi defenditur, nunquam ab eo, qui negat, quatenus negat, probationem exigi oportere, cujuscumque tandem generis causa sit, ne, ut supra diximus, factum actoris reo (*e*) noceat. Duo omnino sunt, quæ a communi regula eximi debent; unum, si ex causa administrationis agatur, propterea quod omnes, qui ex ea causa conveniuntur, administrationis suæ rationem reddere (*f*) debent; alterum, si pro eo, qui dicit, aliqua præsumptio sit, quæ onus probandi rejiciat in (*g*) adversarium; de quo aliquanto latius præcipiemus inter genera probationum. Illud hic in transitu monendum, negationem, aut affirmationem non ex verbis rei, sed ex intentione actoris æstimandam; ut si neget reus, quod actor intendit, vere negare; si non neget, sed adversus intentionem actoris aliquid primum adferat ad sui defensionem, vere affirmare dicatur; quamvis

(*q*) Finge patronum operas a liberto petere, aut famosa actione a liberto conventum, aut in jus vocatum, hoc se tueri; semper qui se patronum dicit, actoris partibus fungitur. *l. ult. si ingen. esse dic.*

(*r*) In *l.* 7. C. *de fid. Instr.* sed hoc displicet Pet. Cyn. Bart. & Bald. per *c. cum personæ, de privil. in 6.*

(*ſ*) Don. in *d. l.* 7. C. *de fid. inst. num.* 24. Vulgo hæc ratio redditur, quod privilegium allegans oppugnatur jure communi.

(*t*) DD. ferè tria negativa genera faciunt; facti, quam probari non posse concedunt; juris, & qualitatis, quas probandas esse a reo contendunt. Vide Sich. in *l.* 23. C. *hoc tit. num.* 9. *& seqq.* Reub. *tr. de testib. par.* 3. *n.* 8. *& seqq.*

(*u*) Quo pertinent *l. non debet alteri*, 75. *l. factum cuique*, 155. *de reg. jur.*

(*x*) *l. actor*, 23. Cod. *hoc tit. c. quoniam contra* 11. *ext. eod. l.* 10. C. *de non num. pecun.*

(*y*) Unde illud vulgare apud Accurs. plus credi duobus affirmantibus, quam mille negantibus.

(*z*) Idest, vim, & potestatem rebus a Deo inditam. Nam ut gloss. 3. *in l.* 23. *Cod. hoc tit.* id, quod probatur, debet esse ens; non entis enim nulla sunt genera, nullæ qualitates, aut differentiæ, per quæ probari possit. VVesemb. *par. num.* 5. Sichard. ad *d. l.* 23. *n.* 6.

(*a*) Cum certum sit duos ejusdem rei in solidum dominos esse non posse. *l.* 5. *in fin. commend.*

(*b*) Et hæredi in hac quæstione incumbere probationem diserte scriptum est in *l.* 17. *hoc tit.* nimirum quia hæres ex libris rationum facile docere potest quantum defunctus in bonis habuit. Duar. *c. in post. comm.*

(*c*) *l. optimam*, C. *de cont. & com. stipul.* Duar. *d. c.* 4. Sich. in *l.* 23. C. *hoc tit. n.* 11. *& seqq.* Don. *cap.* 2. *de prob.* Bronch. 2. *ass.* 92. Herculan. in *tract. de prob. neg.* recenset 54. modos, quibu. negativa probatur, initio facto a *num.* 149.

(*d*) Præsertim *l.* 2. ff. *& l.* 8. C. *hoc tit.* quæ generaliter, & infinite loquuntur de omni, qui negat.

(*e*) Et præcipue locum habet in criminali sententia. *l. ult.* C. *de edend.* Iniquum esse a reo petere, ut ipse adversus se arma subministret; nam quo majus periculum reo intenditur, eo magis illi consulendum. *l.* 1. §. *sed si quis, d. carb. ed.*

(*f*) *l.* 2. *de neg. gest.* species est in *l.* 11. *hoc tit.* ubi cum hæc ratio ipsi Celso probetur, non est necesse, ut aliam cum DD. fingamus.

(*g*) Exempl. in *l.* 8. *l.* 9. *l. cum de indebito*, 25. *hoc tit.* vide Men. *lib.* 1. *q.* 33. *&* 5. *præsumpt.* 39.

vis hic verbis negativis, illic affirmativis (*h*) utatur. Quo observato, non deerit responsio ad ea exempla, quæ pro contrariis objici solent.

CAPUT XXV.

Quid, cui probandum, & de generibus probationum.

CUi res probanda sit, expeditum est, nempe non alii, quam cui causa cognoscenda committitur, idest, Judici. Id vero, quod tertio loco quærendum, non æque exploratum; nam cum quæritur, quid probari debeat, hoc quæri intelligitur, an omne id, de quo disputatur, sive facti sit quæstio, sive juris, is, cui probationem incumbere diximus, Judici probare teneatur, & nisi probaverit, succumbere debeat. De jure, non de facto dubitatur. Ego sic (*i*) sentio: ea, quæ juris sunt, non indigere probatione: aut enim de jure partis controversia est, & in quæstionem (*k*) facti res incidit; aut de jure ipso, & ad officium ipsius Judicis pertinet videre, ne aliter judicet, quam legibus, aut moribus est (*l*) proditum; neque enim jus a litigantibus Judex discere debet, sed secundum illud etiam non allegatum judicare. Sane si probationem accipimus pro quavis confirmatione ejus, quod dicitur, etiam ubi de jure disputatur, probatione utimur. Quis enim ignorat etiam in statu juridiciali multa afferri solere, ut probetur aliquid jure factum esse, aut non esse, Sed id ad victoriam causæ necessarium non est; cum ipse Judex etiam non monitus, ubi de facto constat, de jure dispicere debeat. Recte igitur sentiunt, qui præter facta nullum probationis objectum agnoscunt; idque generibus probationum cognitis certius liquebit, quo nos ratio ordinis jam perduxit.

Aristoteles, eumque sequuti rhetores duo genera probationum faciunt: unum artificiale, alterum (*m*) inartificiale. Artificiales probationes vocant, quæ artis ductu, & beneficio re ipsa eruuntur; quales sunt singulæ rationes, & argumenta, de quibus dialectici, & rhetores præcipiunt in doctrina inventionis. Inartificiales dicunt, quæ extra rem aliunde assumuntur sine ingenio, & arte artificis, eaque uno nomine appellant (*n*) testimonia. Nobis ab eorum via nonnihil deflectendum est: nam cum illi etiam in statu juridiciali probatione utantur, palam est eos verbo probationis intelligere omnem rationem, qua utimur ad confirmandum id, quod dicitur, sive id in jure consistat, sive in facto. Nos vero probationem accipimus quasi ad constitutionem conjecturalem tantum pertineat, cum quæritur de facto, non de jure. Omnis igitur nostra probatio aut tabulis constat, aut (*o*) testibus; sed ea aut directa est, aut obliqua. Directa, cum id, quod probare volumus, ipsis tabulis, aut testimoniis continetur. Et hæc vere est ἔντεχνος obliqua, dum id, quod intendimus, ex tabulis, aut testimoniis argumentando colligitur; ac proinde ἄτεχνος, idest, inartificialis dici (*p*) potest. Harum autem omnium quænam plenæ sunt, quædam semiplenæ, atque imperfectæ. Plenæ, quæ plenam fidem Judici faciunt, solæque, & per se ad victoriam sufficiunt. Semiplenæ, quæ opinionem quidem inducunt, sed solæ, & per se, justam fidem non faciunt. Ita enim nostri probationes patiuntur pro effectu, & vi, quam in judiciis (*q*) habent. Singula pro modo suscepti operis persequamur.

CA-

(*h*) Hoc intelligetur appositissime exemplo actionis negatoriæ, quæ verbis negativa est, unde & ita dicitur; inter omnes tamen convenit hanc actionem re affirmativam esse, & ita esse, ut dominus eam affirmationem probare debeat. Don. *c.* 2. *hoc tr.* & *in l.* 23. *Cod. eod. d. l.* 13. Duar. *c.* 12. *prior. comm.*

(*i*) Cum VVesemb. & DD. quos citat *par. hoc tit. n.* 7. sed quod subjicit, nisi cum jus negatur, parum subtile est; cum nec factum, nisi negetur, objectum sit probationis, ut recte notat Bachov. in *Treutl. disput. h. th.* 1. *lit.* B.

(*k*) Exempli gratia, accusor a Titio facinoris alicujus; ajo eum prohibitum esse accusare propter causam aliquam earum, de quibus Marcell. in *l.* 8. *de accus.* si Titius id neget, meum erit probare non jus, quod certum, & notum est. *l.* 2. *de jur. & fact. ing.* sed factum ipsum. *l.* 5. *h. t.* Duar. *c.* 11. *prior. com. h. t.*

(*l*) *Inst. de off. jud. in pr.* Quod si agatur de jure controverso, quæraturve de communi DD. opinione, facti quæstionis speciem res induit; haud secus, quam consuetudo facti dicitur, & probanda est, ubi de ea dubitatur. Contra, si certa est, & notoria; nam juxta eam judicandum est, quamvis ne allegetur quidem. Gail. 1. *obs.* 36. *n.* 12. & *seqq.* Bachov. *d. loc.*

(*m*) Arist. 1. *rhetoric.* 2. Cic. 2. *de Orat.* Quintil. *lib.* 5. *c.* 1. Rodolph. *lib.* 2. *c.* 23. Cic. in *Top.* Artificialia argumenta appellat insita, inartificialia assumpta. Adde clarissimum Vossium 1. *part.* 2. *Orat.* & 12.

(*n*) *Testimonium*, inquit Cic. *d. loc. nunc dicimus omne, quod ab aliqua externa re sumitur ad faciendam fidem*. Non solum igitur testes hac appellatione veniunt, sed etiam tabulæ, præjudicialia, rumores, tormenta, jusjurandum. Quintil. *d. c.* 1. & *aliquot seqq.* lex, & illustris sententia Ram. *lib.* 1. *dial.* 1. *dial. cap. ult.* & Donnam. in *comm. ibid.*

(*o*) Unde tum in ff. tum in C. primo tractatur generaliter de probatione, deinde de ea, quæ fit per instrumenta, & testes.

(*p*) Vide Duar. *prior. comm. h. t. c.* 3. & *post cap.* 3. & *infra c.* 36. *hujus lib.*

(*q*) VVesemb. *par. hoc tit. num.* 4. Bart. & vulgo DD. in *l. admonendi*, 31. *de jurejur.* Sich. in *rubr. Cod. hoc tit. num.* 4. & *seqq.* hæc genera explicamus *cap.* 37. *infra*.

CAPUT XXVI.

De generibus, & usu instrumentorum.

Directarum igitur probationum duæ sunt species: una, cum tabulis directo probamus id, quod dicimus; altera, cum testibus. Tabulæ veteribus dicuntur omnes (r) scripturæ, quæ de re aliqua fiunt, ut in iis extet rei gestæ fides, & testimonium. Has scripturas nunc instrumenta proprie, & specialiter (s) appellamus; quo vocabulo etiam nos deinceps utemur. Habet hæc tractatio tres partes præcipuas: ut quæratur, quæ sint instrumentorum species; quis eorum usus; quæ vis, ac fides. Omne instrumentum aut publicum est, aut privatum (t). Publicum est, quod fit a persona publica, aut publica (u) auctoritate: cujusmodi sunt in primis, quæ fiunt ab iis, qui archivo præsunt, auctore Magistratu, aut Judice, ut acta judicialia, insinuationum census: quæ etiam per eminentiam (x) publica monumenta appellantur; deinde etiam, quæ per tabellarios publice conficiuntur, quæ uno verbo vocantur (y) forensia. Privatum est, quod a privato confectum publica auctoritate non utitur; qualia sunt in negotiis privatis instrumenta tum obligationis, ut chirographum, syngrapha; tum liberationis, apocha, antapocha. Huc item pertinent libri rationum, & annotationes privatæ, testamentum defuncti, quo hæres utatur, & (z) similia. Horum omnium rursus quædam authentica sunt, quædam transumpta: illa sunt, quæ originalia vulgo vocantur; hæc si ad verbum ex authentico descripta sunt, latini exempla appellant: si summatim, indices (a).

Usus scripturarum est, ut per eas id, quod actum est, facilius probetur; ceterum ad substantiam rei non pertinent: cum res non instrumentis gerantur, sed in ea testimonium rei gestæ (b) conferatur. Unde efficitur, nec amissionem instrumenti obesse creditori, si is aliis modis debitum probare possit; & quod ab initio sine instrumento gestum est, valere, si habeat (c) probationem. Sed hoc non est perpetuum: nam primo non pertinet ad acta judiciaria, quæ omnino referenda sunt in scripturas, excipiendas vel a Scribis publicis, vel a Notariis, aut si horum copia non est, a duobus idoneis Scriptoribus; ut proinde actis intervenientibus ad aliam probationem recurrere (d) non liceat. Nec vero ad eos actus tantum hoc pertinet, qui sunt jurisdictionis contentiosæ, sed etiam ad eos, qui sunt jurisdictionis voluntariæ; qualis est (e) emancipatio. Sed & aliquando in iis, quæ extra judicium, nec apud Magistratum geruntur, instrumentum rei gestæ intervenire (f) necesse est; quod partim ob qualitatem negotii constitutum est, ut in donatione, quæ excedit 500. solidos; partim ob conventionem contrahentium, si inter contrahentes initio convenit, ut res scripto gerentur; tunc enim contractum non ante ratum esse placuit, quam instrumenta in mundum recepta, aut si a tabellione conscribantur, non ante, quam completa sunt, & partibus absoluta. Emptio tamen, & venditio etiam ante completum instrumentum hactenus rata habetur, ut si arrharum nomine aliquid datum sit, non liceat impune a coepto negotio recedere; sed ut emptor recedere arrhas a se datas amittat, venditor duplicatas emptori reddat (g).

CA-

(r) Tabulæ non testamenti solum, sed & contractuum, & alterius cujusque negotii dicebantur, ab eo, quod in tabulas ligneas cera illitas ea referri solerent; unde ceratæ a Plaut. in *Asin.* appellantur. Vide sis Vigl. ad §. *antep. Inst. de test. ord.* Briss. *lib.* 18. *de verb. sign.* Don. ad *rub. C. h. tit. n.* 21. *& seq.*

(s) Generaliter enim instrumentum id omne dicimus; quo res aliqua instruitur, aut opus aliquod efficitur; unde varia hujus vocis significata, quæ recenset Don. ad *hunc tit.* C. *n.* 6. *& seqq.* Duar. *eod. cap.* 1. Alciat. & Goed. in *l. notionem*, 99. §. 2. *de verb. sign.*

(t) Hæc divisio colligitur ex multis locis, præsertim ex *l. scripturas*, C. *qui pot. in pign.* & vulgo probata est. VVesemb. *par. hoc tit. n.* 2. Sichard. ad *rubr.* C. *eod. n.* 2. Duar. *c.* 2. *eod. in pr.*

(u) Publicum instrumentum subdividit Althus. *lib.* 3. *cap.* 41. in judiciale, & extrajudiciale, tum species utrique generi subjectas, earumque vim, & effecta *ibid. & cap. seq.* late persequitur, ex Mascard. Menoch. aliisque DD.

(x) Sic vocantur in *l. in donationibus*, 31. C. *de don. l. l. ult.* C. *de re jud.* 10. *ff. de prob.*

(y) *l. comparationes*, 20. C. *hoc tit.* Just. in Nov. *de tabell.* 44. *&* Nov. *de instr. fid.* 73. ἀγοραῖα vocat Don. ad *l. pen.* C. *hoc tit. num.* 6.

(z) Vide VVesemb. *par. hoc tit. n.* 2. Duar. *c.* 2. *eod.* Donel. in *l.* 15. *n.* 6. *& in l.* 19. *& seqq.* C. *hoc tit.* Althus. *d. lib.* 3. *cap.* 49. ubi 40. species hujus instrumenti enumerat.

(a) Don. in *Auth. si quis*, Cod. *de edend. l.* 4. §. 3. *fam. erc. l.* 2. *ff. hoc tit.* Hinc. *index legis*, idest, summa Philip. 1. *& per indicem exponere*, idest, summatim apud Ascon. 3. *Verr.* Exemplum copiam barbari vocant, indices extracta.

(b) *l.* 4. *ff. hoc tit. l.* 4. *ff. de pign. l.* 12. *Cod. de prob.* ubi Don. *n.* 6. *& ad l.* 9. *C. hoc tit. n.* 8. Duar. *eod. c.* 4.

(c) *d. l.* 4. *& l.* 5. *ff. d. l.* 1. *l.* 5. *l.* 7. *Cod. eod.* Sich. 1. & Don. in *d. l.* 1. idem Don. in *rubr.* C. *eod. n.* 20. *& cap.* 2. *de prob.*

(d) *Cap. quoniam contra falsum*, 11. *ext. de prob.* facit *l.* 4. §. *pen.* C. *de rec. arb.*

(e) *l. pen.* Cod. *de emanc. l. ult.* Cod. *de adopt.* Plane amissio instrumenti nec tunc nocet ubi a principio acta intervenire oportet. *l.* 11. *Cod. h. tit.* sed tunc duo probari debent, instrumentum confectum fuisse, & tenor instrumenti; cum ubi scriptura ab initio necessaria non est, amisso instrumento, sufficiat probare tenorem contractus dumtaxat. Sich. in *d. l.* 11. *in fin.*

(f) Vide §. 2. *Inst. de donat. l. sancimus*, 34. C. *eod. Inst. de empt. & vend. in pr. l. contractus*, 17. C. *hoc tit.* ubi DD.

(g) *d. l. contractus*, *in fin. d. pr. Inst. de empt. & vend. in fin.* notavi *lib.* 2. *c.* 14.

CAPUT XXVII.

De fide instrumentorum.

NOn omnia vero instrumenta fidem in judiciis merentur; nam quædam vim nullam probationis habent, & eorum, quæ habent, non omnium vis æque magna. De his ergo sic habeto. Quæ instrumenta professionem alterius continent de re ad actorem, vel reum pertinente, ea ad probationem nihil valent. Excepta est parentum professio, qua publice apud acta testati sunt, illo die illos liberos sibi natos esse, & nomen liberorum ediderunt; nam ex hujusmodi professionum tabulis probationes recte petuntur, si quando quæstio est de statu, aut ætate (h) liberorum. Sed & epistolam uxori missam, de cujus fide constet, nonnullam hic instrumenti vicem obtinere (i) decretum est. Multo minus ad probationem prodesse placet, quod scriptum est ab eo, qui instrumentum (k) profert, usque adeo, ut nec hic rationum (l) libri diligentissimi patrisfamil. nec rationes ipsius fisci, nec testatoris in testamento affirmatio fidem (m) faciant. Unum etiam hic excipimus, nisi testator jurejurando, quod scriptum est confirmarit, & res agatur contra hæredes; veluti si certis rebus enumeratis jurans subjecerit, se nihil amplius in bonis habere, nihilque amplius sibi a quoquam deberi. Hic sive ex hæredibus unus rem aliquam possideat, quæ dicatur esse hæreditaria, & ob id a cohæredibus in judicium familiæ ercifcundæ vocetur, sive hæredes in universum ab extraneo possessore rem vindicent, nocebit petentibus jusjurandum testatoris. Idem dicimus, si ab extraneis debitoribus quid petatur. Quænam igitur instrumenta vim eam probationis, quam diximus, habent? Solum ea, quæ scripta sunt, aut profecta ab eo, contra quem (n) proferuntur. Et si quidem is fateatur a se, suove consensu scripta esse, res expedita est; sin negabit, hic demum quærendum, quæ sit vis instrumenti ad negantem convincendum. Sic habe: Interest, utrum instrumentum, quod profertur, authenticum sit, an ex authentico transcriptum; & si authenticum, utrum publicum, an privatum; postremo, si publicum, utrum ex iis, quæ per excellentiam publica appellari diximus, an forense a tabulario publice confectum. Principio quodcumque instrumentum profertur, id nisi authenticum sit, adversarium non tenet. Ex indice, aut exemplo nemo, ne a Fisco quidem recte (o) convenitur. Res dubitationem non habet, si exemplum neque a debitore descriptum sit, neque ejus mandatu ab alio; nam res inter alios acta alteri nocere non debet. Sed quid si ipse debitor descripserit, aut alius ejus voluntate? Adhuc idem dicendum (p) videtur, nisi forte ipse debitor fateatur, se id pro authentico (q) habere. Sed hæc ad exempla privata pertinent. Publici exempli fides eadem, quæ instrumenti (r) authentici. Hinc chirographa in inventarium auctoritate publica relata, & descripta fidem (s) faciunt; & tamen ne hæc quidem ipsa aliter recipiuntur ad fidem, quam si casu authentica perierint, qui probetur ab (t) eo, qui exemplo utitur. Ergo ad authentica semper recurrendum est. Hic eorum fides maxima, atque inconcussa firmitas, quæ publica auctoritate confecta sunt, ita ut nec testes desiderant, nec testibus aliisve probationibus privatis, aut non eamdem auctoritatem habentibus refelli possint (u).

Minus firmitudinis habent, quæ a tabulariis

(h) l. 13. l. 16. l. Imperatores, 29. §. 1. de prob. l. 1. C. si se maj. Don. ad l. 14. C. de prob. n. 2. & 3. & hisce professionibus tamdiu statur, donec probetur contrarium, ut cap. seq.

(i) d. l. 29. in pr. Cujus rei ratio est, quod nemo, aut tam amens, ut agnoscat liberos non suos, aut tam impius, ut qui sunt suos neget. Don. in l. 6. Cod. de testib. n. 10.

(k) l. 5. & du. seqq. Cod. de prob. l. 2. C. de testib. nam exemplo perniciosum est, ut ei scripturæ credatur, qua unusquisque sibi adnotatione propria debitorem constituit. in re sua cuique credi. l. 7. C. de prob.

(l) l. 6. C. de prob. Usu tamen receptum, ut mercatoribus proferentibus libros rationum hactenus fides habeatur, ut iis, quasi semiplene probassent, deferri possit juramentum suppletorium; dummodo libri in debita forma scripti & data, & accepta contineant. Gail. 2. obs. 20. Masc. concl. 975. & seq. Menoch. 2. arb. c. 91. & du. seq. Althus. lib. 3. c. 43. n. 24. & seqq.

(m) d. ll. 6. & 7. C. de prob. Exceptio, quæ sequitur, subjecta est d. l. 6. in Auth. quod obtinet, ad quam vid. Don. & Sich.

(n) Modo debitis requisita adsint, de quibus mox, & cap. seq.

(o) l. 2. de prob. Ubi hujusmodi scripturas merito calumniosas appellat Paul. quia si qua rasura, cancellatio, vitiumve in authentico appareat, ex illis non ita deprehendi potest. Convenit Auth. si quis, Cod. de edendo ubi DD. VVesemb. par. hic num. 6. Exceptiones aliquot hujus regulæ reperies apud Covar. pr. q. 21. n. 3. & seqq. Maschard. concl. 9. 27. Myns. 6. obs. 73. & du. seqq. & summatim apud Althus. d. lib. 3. cap. 44. num. 20. & seqq.

(p) Quamvis Bartolus differat pro authentico id habendum esse, & adversus debitorem fidem facere. Don. in d. Authent. si quis, n. 2.

(q) Tunc enim debitorem confessioni suæ stare oportet. l. 13. C. de non num. pecun.

(r) l. 2. C. de test. eadem cum originali auctoritas. cap. ult. ext. hoc tit. ubi & publicandi instrumenti formam habes.

(s) l. chirographis, 57. in pr. & ibi Gloss. ff. de admin. tut.

(t) d. l. 2. C. de testim. quod & significatur in dict. l. chirographis. Don. in dict. Authent. si quis, Cod. de edend. n. 6.

(u) l. in hac sacratissima, 30. & seq. Cod. de don. l. ult. Cod. de re jud. l. 15. ff. de prob. Don. in l. 15. Cod. hoc tit. Masc. conclus. 975. num. 34. & seqq. & paratam habent executionem; unde guarentigiata, & confessionata vocant.

riis conficiuntur; nam & testium privatorum præsentiam desiderant, & eorum fides in dubium vocari potest. Sed tamen major eorum rite confectorum auctoritas, quam instrumenti mere (*x*) privati. Id quod quatuor fere in rebus cernitur; nam primo instrumentum tabularii partium subscriptionem (*y*) non requirit. Secundo. Fides ei in dubio habetur, quamvis is, adversus quem profertur, neget mandato suo scriptum (*z*) esse. Tertio. Si uni res pignori obligata sit instrumento privato, alteri postea publice confecto, posterior creditor (*a*) potior habetur. Quarto. Si mulier pro aliquo intercedens instrumento tabularii confiteatur, se eo nomine accepisse pecuniam, valet intercessio; sin privato, instrumentum non (*b*) nocet. Sane in una re instrumentum tabularii fidem non magis facit, quam privata confessio, si quis adversus confessionem suam exceptione non numeratæ pecuniæ (*c*) utatur; quia hæc non adversus fidem, & auctoritatem scripturæ, sed adversus confessionem pecuniæ numeratæ comparata. Non aliter autem instrumenta forensia ad probationem valent, quam si rite facta fuerint, nec eorum fides in dubium vocetur. Ritus hic (*d*) positus in persona scriptoris, in forma instrumenti, & testium præsentia. Personam scriptoris oportet esse publicam, seu eam, quæ scribendis instrumentis publice operam præstet; quæ personæ in usu juris tabularii, aut tabelliones appellantur, nunc vulgo Notarios vocant. Possunt utique & per ministrum (*e*) conscribi, sed ea approbationem, & subscriptionem ipsius tabellarii (*f*) desiderant. Forma partim cum privatis instrumentis communis est, partim hujus propria, & peculiaris. Communis est, ut si quis fatetur se debere, fateatur expressa (*g*) causa, ex qua debeat; causa debendi omissa, non magis ex his, quam ex privato instrumento debitum probari potest. Propria consistit in tempore, & loco, quo, & ubi res gesta est, tum in duorum, aut trium (*h*) testium præsentium nominibus; quorum omissio privatam scripturam non vitiat. Non sufficit ritus ad vim instrumenti forensis, si id in dubium vocetur. Quod si fiet, requirendi tabularius, & testes, si eorum copia sit, consulendique, ille an scripserit, hi an interfuerint. Ajentibus omnibus certo constat instrumenti fides. Idem est, si aut testibus mortuis, aut cum eorum nulla copia esset, tabularius instrumentum a se scriptum esse affirmaverit, aut si per ministrum scriptum dicat, ille quoque requirendus (*i*) est. Sed etsi adsint testes, & interrogati dicant, se non interfuisse, non tamen continuo fidem instrumenti suspectam faciunt. Refert enim, utrum qui hoc dicunt, sint ex numero testium necessario, an extra eum. Si ex necessariis, hic vacillat fides instrumenti, tametsi vel unus tantum e pluribus hoc dixerit, argumento est, quod uno teste testamentario sigillum suum non agnoscente tabulæ testamenti (*k*) suspectæ fiant. Si vero non necessarii sint, qui negent se interfuisse, quotcumque ii erunt, tamen fides instrumento constabit, si necessarii dicant se interfuisse; nam quoties plures testes incidunt, qui in suis affirmationibus sunt singulares, non magis fidem faciunt, quam (*l*) unus. Tabellario autem & ipso diem functo consulendæ sunt chartæ ejus, & videndum num inter eas (*m*) protocollum extet; si nullum repe-

(*x*) Obiter hic monendus es, scripturam, quæ habet subscriptionem trium testium fide dignorum, esse quidem & ipsam privatam, sed propter effecta a DD. publicam dici. VVesemb. *n.* 2. *par. hic*. Covar. *pract.* *q.* 22. *num.* 4. Sich. in *l.* 11. C. *qui pot. in pign.* *n.* 21.

(*y*) Nusquam enim hæc desideratur, ut in instrumento privato. Utrum autem testium subscriptio necessaria, quæritur. Negat, & communem dicit Covar. *pr. q.* 20. *nu.* 4. & de usu etiam testatur VVesemb. *n.* 5. *par. hic*. Invaluit tamen, ut Notarii majoris cautionis gratia curent, ut testes subscribant.

(*z*) Ut colligitur ex *l. cum precibus*, C. *de prob.* ubi DD.

(*a*) Species est in *l.* 11. C. *qui pot. in pign.* Covar. *d. loc*

(*b*) *l. antiquæ*, 23. *in pr.* C. *ad Sen. Vell.*

(*c*) *l. contractus*, C. *hic*. Exemplum est de dote, quam maritus instrumentis dotalibus sibi numeratam esse confessus est, in *l.* 1. *& ult.* C. *de dot. caut. non num.*

(*d*) Vulgo hæc inseri solent. Invocatio nominis Divini; annus partæ salutis; mensis; dies; tempus regnantis Principis; indictio; locus rei gestæ: nomen Notarii rogati, & requisiti specialiter; ejusdem subscriptio, & subsignatio; præsentia duorum aut trium testium a Notario rogatorum. Prælegitur quoque & explicatur Instrumentum coram partibus, & testibus. Verum nec usus noster omnia hæc in omnibus instrumentis recepit, & quædam de jure communi non videntur necessaria. Covar. *d. c.* 20. VVesem. *d. num.* 5. Sichar. in *rubr. Cod. hoc tit. num.* 7. Althus. *d. loc.* *n.* 13.

(*e*) Ut significatur in *Nov. de instr. caut. & fid.* 73 *cap.* 7. §. *in his vero*.

(*f*) Semper enim instrumentum tabularii exigimus; id est, ejus personæ, quæ publico munere ea re fungatur. Don. in *l.* 15. C. *h. t.* *n.* 25.

(*g*) Nam si id exigimus in instrumentis privatis, ubi brevius omnia aguntur. *l.* 25. *in fin. de prob.* multo magis in publice confectis a perito Notario.

(*h*) *d. Nov.* 73. *cap.* 7. *arg. l.* 14. C. *de cont. stip.* aut etiam plurimum, prout res postulat, in testamento 7. in codicillis 5. &c. Gloss. in *d. Nov. c.* 4. Menoc. 2. *præs.* 82. Mascard. *concl.* 4. *n.* 26. *& conclus.* 1099. *n.* 8. *& 9.* Pet. Greg. *synt.* 48. 14. *n.* 10.

(*i*) Hæc in *d. cap.* 4. *& cap.* 7. *in pr. &* §. *in his vero*.

(*k*) *l.* 1. §. *ult. quemad. test. ap.* Non obstat, quod testimonium unius testis fidem non facit; nam in proposito non ideo suspectum fit instrumentum, quia testis testimonium dicit, sed quia non dicit, seque præsentem fuisse negat.

(*l*) Ut bene scriptum est in *cap. cum dilectus*, *ext. de elect.* sumptum ex *l.* 9. C. *de test.* Don. in *d. l.* 15. *Cod. hoc tit.* *n.* 30. Diss. tamen Bart. *ibid.*

(*m*) Protocollum est summaria quædam gesti actus annotatio memoriæ causa facta, unde postea instrumentum in forma conficitur. Vigl. in §. *antep. Inst. de test. ord.* *n.* 5. VVesemb. *par. hic*, *n.* 2. De eo plura vide apud DD. citatos ab Althus. *lib.* 3. *c.* 42. *n.* 42.

seperiatur, (*n*) comparatio literarum adhibenda est ex aliis ejus scriptis, ut ex collatione appareat, eadem ne manus sit, an diversa. Sed & si quæ erunt testium, aut contrahentium subscriptiones, cum his aliæ quoque eorum scripturæ conferentur (*o*).

Non temere autem comparatio literarum admittitur; sed qui ea uti volet, jurare jubetur, se neque lucri causa, neque inimicitiis, aut gratia tantum comparationem facere, nihil neque in instrumento, quod profertur, neque in eo, ex quo comparationem petit, machinatum esse; denique ceteris omnibus probationibus destitutum ad comparationem (*q*) venire. Sed nec omnia instrumenta, ex quibus probatio per comparationem scripturæ petitur, ad hoc idonea habentur, sed tantummodo forensia, & publica; privata vero non aliter, quam si trium testium habeant (*q*) subscriptiones. Postremo nec quævis instrumenta, quæ comparatione aliorum probare volumus, admittuntur, sed ea tantum, quæ confecta sunt de re libram auri non excedente: item quæ in agris confecta sunt de quavis summa. In reliquis comparationi non creditur, nisi (*r*) argumentum quodlibet adjiciatur. Hæc autem omnia tam diligenter de comparatione literarum cauta sunt, propterea quod ea prudentibus semper suspecta visa fuit. Fieri enim potest, ut similes sint scripturæ non ejusdem auctoris; fieri etiam potest, ut sint dissimiles ab eodem auctore exaratæ; nam & esse, qui alienam manum mira arte imitentur, notum est, & eundem non eodem semper modo aut velle scribere, aut posse (*ſ*).

Ceterum adversus instrumenta tabulariorum ita confirmata nihilominus contraria probatio (*t*) admittitur; nam si actori proferenti tale instrumentum, ad id confirmandum testibus uti licet, utique & reo permittendum est uti testibus ad id refellendum. Refellendi ratio eadem, quæ in privatis. Itaque quæ huc pertinent, ex capassumi sequenti possunt.

CAPUT XXVIII.

Quæ instrumenta privata, & quatenus fidem faciunt.

INstrumenta privata ex omnibus minimam auctoritatem habent; nam nec fatentem reum semper tenent, & contra negantem non simpliciter fidem faciunt; postremo in universum omnia refelli possunt. Ut fatentem teneant, tria requiruntur: ut scripta sint ab eo, qui fatetur, aut si ab alio scripta sunt, subscriptionem ejus (*u*) habeant; ut fateatur adjecta causa, propter quam debeatur, veluti ex causa emptionis certæ rei, aut mercis, &c. nam causa debendi non adscripta, instrumentum ad probandum debitum (*x*) inutile est, ut non agatur de pecunia numerata: nam adversus hujusmodi confessionem prodita est confitendi intra certa tempora exceptio non numeratæ pecuniæ, quæ onus probandi transfert in (*y*) creditorem, de quo plura diximus alio in loco. Si neget instrumentum a se scriptum esse, ne sic quidem instrumentum privatum fidem facit; sed is, qui profert, docere debet, id ab eo, aut mandatu ejus scriptum esse, idque aut testibus, nunc paucioribus, nunc pluribus, juxta distinctionem (*z*) novæ legis; aut comparatione literarum prolatis aliis, quas constet ab eo scriptas esse, de quo plenius dictum cap. præcedenti.

Atque hoc modo fide instrumenti adstructa, privatum instrumentum adversus eum, contra quem proferunt, tam fidem facit, quam si publicum esset, aut a tabellione publice (*a*) confectum; sed hactenus tamen, ut nihilominus refelli (*b*) possit. Refellendi ratio duplex: ut dicatur vel falsum esse, & non scriptum ab eo, a quo

---

(*n*) Quæ quid sit, quibusque conditionibus admittatur, accurate post Gloss. & DD. docet Don. in *l. comparationes*, & *Authen. seqq.* C. *hoc tit.*

(*o*) Nov. 73. *c.* 7. §. *quod si tabellio*. Don. in *l. Judices*, C. *hoc tit. n.* 4.

(*p*) *d. l. comparationes*. *d.* Nov. 73. *cap.* 7. *in pr.* & §. 1. Don. *d. loc. n.* 12. Sichard. *ibid. n.* 4. & 5.

(*q*) Chirographa, aliave privata instrumenta huc non pertinent. *dict. l. comparationes*. Quid si reus fateatur, chirographum a se scriptum esse, & consentiat, ut ex eo comparatio fiat; an ne sic quidem comparatio admittetur? puto admittendam cum Don. *dict. loc. num.* 8. & *seq.*

(*r*) Hæc in *d.* Nov. 73. *cap.* 8. & 9. *dict. Auth. aut si contra*, C. *h. tit.* Argumentum autem intelligi testes, ut declarat *d.* Nov. unde hic locus desumptus.

(*ſ*) *d.* Nov. *in præfat.* & *cap.* 3. ubi insigne exemplum. Don. in *d. loc. comparationes*, *n.* 3. & in *d. Auth. aut si contr. n.* 1.

(*t*) *l. cum precibus*, 18. C. *de prob.* & *arg. l. non debet actori*, *de reg. jur.* Don. in *d. l.* 18. *n.* 6. & *ad l.* 13. Cod. *hoc tit. n.* 36. convenit *l.* 14. Cod. *de cont.* & *comstip.* & ibi Sich. *num.* 16. vide plene Covarr. *pr. qu.* 20. *num.* 6. Salic. in *l.* 15. Cod. *hoc tit. num.* 4. & *seqq.* Ferrar. in *form. oppon. cont. instrum.* adde Damhoud. *prax. civ. cap.* 174.

(*u*) *l.* 11. C. *qui pot. in pign. Inst. de empt.* & *vend. in pr.* Ut autem tempus, aut locus adjiciatur, aut si ipse confitens scripserit, etiam subscribat, non est necesse: Gloss. in *d. l.* 11. *l. pen.* §. 1. ff. *de pign.*

(*x*) *l.* 25. §. *ult. de prob. l.* 13. Cod. *de non numer. pec.* concordat *cap. si cautio*. cum Gloss. ext. *hoc tit.* Ceterum in civitatibus, in quibus frequentes mercatores negotiantur, etiam ex obligatione non causata jus reddi solet, ex Statuto, aut consuetudine. Damhoud. *pr. civ. c.* 175. *n.* 14.

(*y*) Tot. *fere tit.* Cod. *de non numer. pec.* vid. *lib.* 2. *cap.* 53.

(*z*) *d.* Nov. 73. *c.* 1. 2. & *ult.* Don. in *l.* 15. C. *h. tit. n.* 12. Sichard. *ibid. n.* 6.

(*a*) *l.* 11. C. *qui pot. in pign. d. l.* 13. C. *de non num. pecun.* Ferrar. in *form. opponend. cont. instr.*

(*b*) *l. cum precibus*, C. *h. tit.* Etiam jam ante approbatum, modo ante litem finitam, si nec res judicata sit, vel si adhuc appellari possit, aut victus in integrum restitui. *l. ult.* C. *eod.*

a quo scriptum dicitur, vel falsam habere confessionem; quia etsi scriptum sit ab eo, a quo scriptum dicitur, falsa tamen sit ejus confessio. Principio falsitas instrumenti ostendi potest, si dies, & locus in eo adjecti sunt, & is, a quo scriptum esse dicitur, contendat, se (c) eo die alio loco fuisse. Id autem probare potest aut testibus, qui dicant se hunc, de quo quæritur, eo die vidisse alio in loco (tot autem testes sufficere (d) existimo, quot actor in contrarium produxit) aut instrumentis alio in loco eodem die a (e) tabulario conscriptis, tum cum eo, de quo quæritur, aut præsente eo gestam esse testificantibus. Confessione quoque adversarii constare de instrumenti falsitate potest, non solum si is in jure aperte confessus sit, id falsum esse; sed etiam si solum dixerit, se instrumento non usurum, idque (f) apud acta contestatus sit tunc, cum instrumenti fides in dubium revocaretur. Sed & idem sententia Judicis constare potest, si instrumentum, de quo agitur, falsum pronunciatum est. Ceterum hoc ita, si sententia lata sit adversus eum, qui instrumento utitur; secus est, si (g) alius nunc eo utatur. Ad extremum, & hæc expedita ratio refellendi instrumenti est, si diversæ scripturæ inter se pugnantes ab eadem parte proferantur; hic enim quia altera alteri (h) fidem derogat, neutri fides (i) habetur. Res est in promptu, si utrumque instrumentum, quod profertur, privatum est. At quid dicendum, si ab eadem parte proferatur instrumentum publicum a Notario confectum, & alterum huic contrarium privatum? Et magis est, ut & hic neutri fides haberi debeat. Ad rem non pertinet, quod publicum majoris fidei est, quam privatum; hoc enim verum est, cum utriusque auctoritas per se spectatur, non cum utrumque approbatur ab eo, adversus quem profertur (k).

Altera refellendi instrumenti ratio est, si quis de scripturæ fide confessus dicat, confessionem suam esse falsam; nam etsi generaliter traditum sit, unumquemque confessioni suæ stare oportere; tamen quia multis modis accidere potest, ut falsa sit confessio, placet eum, qui hoc probare paratus sit, audiendum esse. Primo fieri potest, ut metu coactus quid promiserit, quo casu exceptio ei prodita, (l) quod metus causa. Metus autem recte testibus probatur. Fieri item potest, ut aliud revera actum sit, aliud scriptum in instrumento, dum contrahentes id agunt, ut unum agatur, alterum simuletur; quo probato, placet valere quod actum (m) est, non quod simulate conceptum. Finge placuisse in instrumento scribi, fundum donatum esse, qui revera emptus erat; donatio non est, quia falsum instrumentum non valet; sed erit, & valebit emptio, quæ re vera gesta (n) est. Nihil ad rem pertinet, quod dicitur, conventioni standum esse; non enim convenit, ut ei instrumento staretur, sed solum ut scriberetur veri quod gestum est, tegendi causa; quæ simulatio veritatis substantiam mutare non (o) potest. Etsi vero id, quod re vera gestum est, in instrumentum collatum non sit, non eo minus tamen per se valet, si aliunde (p) probari potest. Accidit quoque nonnunquam, ut quis indebitum per errorem promittat. Hic is, qui promisit adversus petitionem ex chirographo exceptione doli tutus erit; errorem autem non testibus probare, sed dumtaxat (q) instrumentis potest. Finge hoc modo: hæres errore ductus cavit legatariis, se cen-

---

(c) *l. optimam*, C. *de cont. & comm. stip.* Atque hoc modo oblique instrumentum refellitur. Potest & directe: exempli causa; instrumento continetur, donationem alicui esse factam, testes deponunt de venditione. Sich. in *d. l. optimam*, *n.* 20.

(d) Cum Don. in *d. l.* 15. C. *h. tit.* add. Sich. in *dict. l. optimam*, *n.* 35.

(e) Publice enim confecta esse oportet, ut fides iis constet; nam domestica scriptura fidem non facit, neque etiam ab alio scripta, cum sit scriptura unius testis. *l. jusjurandum*, C. *de testib.*

(f) *L.* 3. *Cod. hoc tit.* Ex quo colligimus, si extra jus idem fecerit, contestationis instrumento postea utatur. Bart. in *Auth. jubemus*, C. *de jud.* nisi ad contestationem accesserit conventio per vulg. Don. ad *d. l.* 3. *n.* 9.

(g) *l.* 2. C. *hoc tit.* ratio in *tit.* C. *res inter alios act. & jud. al. non noc.*

(h) Non idem est, si quis plures testes producat, qui inter se dissentiant; nam honestioribus fidem haberi placuit, aut vero proximiora deponentibus. *l.* 21. §. *ult. de testib.* Cur tam varie? dicam *infr. c.* 33. *in fin.*

(i) *l.* 14. C. *hoc tit.* Tametsi proferens docere velit, unam tantum veram esse; nam qui duo instrumenta inter se pugnantia profert, iis utendo, utrumque probando, facit, ut utrumque adversus se valere debeat; quod si valet, utrumque alteri fidem derogat, non tam vi sua, quam approbatione utentis. Don. in *d. l.* 14. *num.* 1.

(k) Nam privata scriptura perinde probat adversus proferentem, ac scriptura publica, ita ut quoad præjudicium proferentis inter privatam, & publicam nulla sit differentia; sed si qua est, in modo probandi adversus alium, Cyn. Ang. Castr. Sichard. & comm. in *dict. l.* 14. contra Gloss. quam sequitur Bald.

(l) *l.* 9. §. 3. *quod met. cau.* §. *Instit. de except. tot. tit. de dol. & exc. met.* Vide *lib.* 2. *cap.* 53.

(m) Tit. C. *plus valere, quod agitur, quam quod simulate concipitur.* Quæ rubrica cum habeat perfectam sententiam, potest allegari pro lege, aut regula.

(n) Sic emptio fit aliquando pignoris, vel mutui causa, cum pacto de redimendo. *l.* 3. C. *d. tit. l.* 3. §. 3. *ff. de S. C. Mac.* qua specie simulationis utuntur fœneratores, teste Castr. in *l.* 1. *Cod. d. tit.* Nimirum, ut usuras percipiant tamquam fructus rei venditæ; nam ex mutuo usuræ peti non possunt, & fructus rei pignoratæ creditor in debitum computat. *l.* 2. C. *de pign. act.* Hic ergo non quod scriptum, sed quod gestum est, inspicimus. *cap. illo vos, extr. de pign. c. ad nostram, de empt. & vend.*

(o) Ut dicitur in *l.* 2. C. *d. tit. plus val. quod ag.*

(p) *l.* 4. *ff. de pign. l.* 4. *ff. hoc tit.*

(q) *l.* 13. *Cod. de non numer. pecun. l. cum de indebit. in fin. ff. de probat.* & ibi Gloss. *cap. cum per tuas, extr. eod. tit.*

centum, quæ iis ex testamento debeat, præstiturum. Prolatis testamenti tabulis apparet 50. solum legata esse. Recte dicet hæres, se 100. indebita (r) promisisse. Denique etiam accidere potest, ut quis adseveraverit, aut professus sit, aliquem filium suum esse, qui filius non sit. Hæc confessio etsi in re dubia fidem adversus confitentem facit; tamen non prohibetur quandoque contra professionem suam venire, & probare filium suum non esse, quem professus (ſ) est. Nihil hic facit affirmatio nostra, aut confessio, quippe quæ efficere non potest, ut filius sit, qui a nobis genitus, aut adoptatus non est. Magis movere possit, quod professiones, quoniam actis publicis insinuantur, sint monumenta publica; ac proinde contrariis testimoniis infirmari non posse videantur. Et negari non potest, quin tabulæ professionum acta sint publica; sed hactenus sunt publica, quatenus (t) publice aliquid testantur: puta L. Titium illo die filium illum suum professum esse; ceterum affirmatio illa, & professio parentum tota privata est. Illud postremo arcte tenendum, in dubio si nullum vitium instrumenti appareat, instrumento standum esse (u).

De Testibus.

CAPUT XXIX.

Qui conditione personæ testes esse prohibentur.

AC de prima quidem specie directæ probationis, quæ per instrumenta fit, satis dictum arbitror. Proximum est, ut nos conferamus ad alteram, quam testibus fieri †, supra diximus. Sunt autem testes personæ, quæ interrogatæ dicant, aliquid factum esse, aut non esse. Loci, quibus hæc tractatio continetur, in summa duo: unus est de fide testimonii; alter de testium in judiciis usu. Primus latissime patet. In eo quædam in personis testium singulorum, eorumque dictis spectanda; quædam in numero, & depositione plurium simul. In personis, ut sint idonei, quales omnes intelliguntur, qui testimonium dicere non (x) prohibentur. Proinde his cognitis, illi ignorari non poterunt. Eorum igitur, qui prohibentur, tres sunt (y) classes. Prima est eorum, quibus testimonii dictio ob solam conditionem personæ simpliciter interdicta est; secunda eorum, qui & ipsi conditione personæ minus idonei habentur, sed non simpliciter, nec in omni causa; tertia continet eos, qui cum per se idonei sint, removentur ob solam personam eorum, pro quibus, aut in quos dicunt.

Conditione personæ jus dicendi testimonii denegatum est. Primo. Ob ætatis, & judicii infirmitatem (z) impuberibus, maxime infantibus, & infantiæ proximis; nam eorum, qui sunt pubertati proximi, testimonio non simpliciter, in omnibus causis fides videtur (a) deroganda. Secundo. Ob animi morbum, mente captis, & (b) furiosis; ut tamen in iis, qui non furore perpetuo, sed cum intermissione laborant, ratio dilucidi intervalli (c) habeatur. Tertio. Ob statum personæ, servis, quos tamen interrogari posse placet, & responso eorum credendum, cum alia ad veritatem expendam probatio non est; quamquam nec hoc receptum, nisi cum aut de facto suo interrogantur, aut alieno adversus exteros; nam pro domino, aut adversus dominum interrogari non possunt; præterquam in crimine adulterii, fraudati census, & læsæ majestatis; in ceteris autem criminibus non aliter, quam si aliæ quoque probationes (d) suppetant. Ad hanc eamdem classem pertinent, quos infamia, & vitæ turpitudo indignos facit, quibus fides habeatur, quo in numero sunt, qui in vinculis, custodiave publica (e) habentur, qui judicio publico damnati, nec restituti sunt, qui

---

(r) Testes autem in hac specie natura rei non admittit, cum nulli testes divinare, aut affirmare certo possint, quo animo promissor quid caverit, & an sciverit se debere, an non. Don. in *l.* 15. C. *h. tit. n.* 19. *in fin.* Sich. in *d. l.* 13. C. *de non num. pec. n.* 1.

(ſ) *l. Imperator*, §. *ult. ff. l.* 13. & *l.* 14. C. *de prob.* & ibi DD.

(t) Puta quatenus præfectus ærarii, vel tabularii in Provinciis in actis testabantur professionem esse factam.

(u) *l. cum precibus*, C. *de prob. l. optimam*, *Cod. de cont. & comm. stip. cum ibi notat.* Porro de probatione per instrumenta videri potest Merul. noster. *lib.* 4. *dist.* 4. *sect.* 4 *tit.* 19. *cap.* 1. & 6. *seq.*

† Iis, qui foro parantur, utile erit in hoc argumento consuluisse Merul. *d. sect.* 4. *tit.* 28. *cap.* 1. & *seqq.*

(x) *Arg. in l. nec non*, §. 2. *ex q. cau. maj.* nam & edictum de testibus prohibitorium est. *l.* 1. §. 1. *ff. hoc tit.*

(y) Hæc distinctio nobis ad docendum commodissima visa est, eademque fere utitur Just. Reuber. *par.* 1. *meth. trad. de testib.* & desumpta est ex Callistrato *l.* 3. *hoc tit.*

(z) *d. l.* 3. §. *lege Julia*. Reub. *d. loc. n.* 4. & *seqq.* ubi etiam alias hujus prohibitionis causas reperias; ut merito reprehensa sit sententia Seniani Rhetoris apud M. Senecam *libr.* 7. qui dixisse fertur, *nihil esse teste puero certius*.

(a) *Arg. l.* 19. *hoc tit.* junct. *l.* 34. §. 2. & *l.* 26. *in pr. de jurejur.* Ceterum Judicis erit existimare, quantum huic testimonio sit tribuendum; quod etiam innuit Nellus a S. Geminiano *par.* 1. *tr. de testib. n.* 21. Quæstionis est, an pubes factus testari possit de eo, quod vidit in ætate pupillari. De quo adi Campeg. *hoc tr. reg.* 150. Reub. *d. loc. n.* 11. & *seq.*

(b) *l.* 20. §. 4. *qui testam. fac.* facit *l.* 5. *de reg. jur.*

(c) *d. l.* 20. §. 4. & *arg. l. cum furiosus*, 39. *de jtd.* Reub. *d. loc. n.* 17.

(d) Vide *l.* 8. *l.* 11. *Cod. l.* 6. & *l. seq. ff. h. tit. l.* 1. *Cod. de quæst.* adde Don. ad *d. l.* 8. Reub. *d. loc. nu.* 45. & *seq.*

(e) Hoc ideo, quia veteres neminem in carcerem publicum conjiciebant, nisi quem grave aliquod facinus admisisse constabat. *l.* 3. & 1. *ff. l.* 2. C. *de cust. & exh. reor.* Hinc igitur non sequitur, quosvis criminum reos statim repellendos esse a testimonii dictione ante damnationem; de quo mox.

qui ad bestias, ut depugnaret, se locavit, quæ palam corpore quæstum facit, fecitve, qui ob testimonium dicendum, vel non dicendum pecuniam accepisse judicatus, vel convictus (*f*) est, qui propter vitæ turpitudinem Senatu (*g*) moti, qui ob carmen famosum lege Cornelia (*h*) intestabiles esse jubentur; denique hæretici, qui inusitata hæresi, & quæ cum perpetua infamia conjuncta est, infecti, & contaminati sunt, quales sunt, quos vel pagana superstitio, vel Manichaicus, aut Borboritarum, & (*i*) similium furor detinet. De reis publici judicii quæsitum, an & ipsi a testimonio removendi sint. Et magis est, ut nemo removeri debeat ante damnationem; cum non accusatio, aut criminis objectio infamem faciat, sed (*k*) sententia.

Longius tamen hic progreditur jus Canonum, & ipsos etiam criminum reos, quamvis nondum infames, arcet; quod ex sententia, & errore interpretum in (*l*) Decretales manasse verisimile est. Porro etsi infames omnes in ea causa sunt, ut minor fides iis haberi debeat, quam iis, qui sunt integræ famæ; non omnes tamen simpliciter a testimonio (*m*) rejiciendi sunt; illud a religione Judicis totum pendet, qui optime scire potest, quanta fides cuique habenda sit; hoc positum est in sola juris auctoritate, nisi dicamus, notatos omnes ex nova Justiniani constitutione arceri, qua aperte exigit, ut omnes testes (*n*) sint integræ famæ, & opinionis. Quod probabiliter defendi posse existimo in iis testationibus, quæ data opera testibus corrogatis fieri solent; in quibus solis locum habet, quod Imperator scribit, satis magnam esse bonorum virorum copiam, ut necesse non sit, quemvis sine delectu arcessere, quæ ratio in actibus fortuitis, & repentinis (*o*) cessat. Illud constat, etiam infamia notatos aliquando admitti, si id conditio rei exigat, nec veritas aliter inveniri possit (*p*).

Secunda classis paucos habet. Primum is, cui bonis interdictum est, in testamento testis esse (*q*) prohibetur, quod & ipsum argumento est, in aliis negotiis testimonium ejus non (*r*) simpliciter repudiari. Mulier quoque testis in testamento non recte adhibetur; uti neque in investitura feudi (*s*) probanda. In ceteris autem (*t*) causis omnibus feminarum testimonia interpretes admittunt, qua in re consuetudini publicæ libenter cedimus. Ad hæc in quibusdam causis etiam Judæis, & Hæreticis testimonii dictio denegata est, quod & ipsum præcipue testium conditio effecit. De eo sic cautum: Exceptis iis Hæreticis, quos in totum repelli ante dictum est, ceteros a judicialibus tantum testimoniis removendos in causis Christianorum; inter se autem, & pro aliis adversus alios testimonium dicere posse. Testamentaria quoque eorum testimonia, & quæ in ultimis elogiis, & contractibus consistunt, propter utilitatem necessarii usus permittuntur (*u*).

CAPUT XXX.

Qui testes esse vetantur ob personam eorum, pro quibus, aut contra quos dicunt; ac primum de his, qui ob spem lucri, aut incommodi metum.

IN tertia classe, ut plures sunt causæ prohibendi, ita major quoque numerus est prohibitorum. Summa huc redit, quod alios suspicio removet, alios pietas, & reverentia. Suspectum testimonium reddunt hæc quinque: commodum testi propositum: incommodi metus; amicitia; inimicitiæ, & interdum fortuitus testis interventus. Commodum, aut spes lucri testi proposita testimonium ejus maxime suspectum facit. Hinc duo genera testium improbata, corrupti, & unusquisque in re sua; ob corruptionem testimonii, eamque solam

(*f*) De his omnibus cautum lege Julia, de vi. *d. l.* 3. §. *lege Julia, hoc tit.*

(*g*) *l.* 2. *de Senat.* Hanc autem prohibitionem, ut & præcedentes ad judicia tantum publica pertinuisse censet VVesemb. *par. hoc tit. num.* 3. *arg. d. l.* 3. §. *lege Julia, & l.* 13. *eod.* ex mente tamen Justiniani generaliter valere oportere.

(*h*) *l. ob carmen famosum*, 21. *hoc tit. l.* 18. §. *ult. qui test. fac. l.* 5. *si quis de injur.*

(*i*) Ut Montanistarum, Samaritarum, Tascodrogitarum, & Ophitarum. *l.* 21. C. *de Hæret. & Manich.*

(*k*) *l.* 7. *de pub. jud. l.* 14. *& seq. hoc tit. d. l.* 3. §. *lege Julia.* quæ de damnato omnes loquuntur; & *arg. l.* 1. C. *ex qu. ca. inf.* 7. 8. §. *solent, de poen.* Nec obstat *l.* 20. *hoc tit.* quæ accusatum a testimonio non prorsus repellit, sed citari non oportere ait, idest, cogi, ut testimonium dicat, ne forte cujus odium in se convertat.

(*l*) *Cap. ult. ext. hoc tit.* Don. *hic, cap.* 1. quamvis Reuber. *d. loc. n.* 18. sententiam Canonistar. etiam juri civili consentaneam esse putet.

(*m*) *Arg. d. l.* 3. *in pr. l.* 13. *h. tit.* adde Reub. *p.* 3. *n.* 10. *& seq.* Don. in *l.* 18. C. *hoc tit. n.* 8.

(*n*) *Nov. de testib.* 90. *cap.* 1. quod & simpliciter defendit Don. *d. loc.*

(*o*) Quæ distinctio est Reuber. *d. loc.* & meo quidem judicio non absurda.

(*p*) *l.* 21. §. 1. junct. *l.* 7. *hoc tit. & l. divus, de quæstion.*

(*q*) §. *testes autem, Inst. de test. ord.* ubi DD. *l. is cui, qui testam. fac.*

(*r*) Neque enim tantam fidem meretur, quantam testimonium viri gravis, & vitæ inculpatæ. *l.* 2. *& l.* 3. *in pr. hoc tit.*

(*s*) *d.* §. *testes autem, Instit. de test. l. qui testamento*, §. *mulier*, ff. *eod. tit. l. ex eo, hoc tit. lib. qui test. sine necess. ad nov. investit. prob.* 32.

(*t*) Non tantum in criminalibus, sed etiam in civilibus, nec in contractibus tantum, sed etiam in quavis ultima voluntate, excepto testamento. DD. post Accurs. in *d.* §. *mulier. l. qui testamento, & in d.* §. *testes*, a Specul. in §. 1. *vers. quid de codicillis, hoc tit.* & Jo. Andr. *ibid.*

(*u*) Hæc in *l.* 21. C. *de heret. & manich.* add. Reub. *p. l.* 2. *meth. trad. de test. n.* 94. *& tr. seq.*

solam rejiciuntur ii, quibus ut testimonium dicerent in præsenti lite, pecunia vel data est, vel cauta, verum an falsum dixerint, eove nomine condemnati sint, quod exigitur pecunia in alia lite accepta, non (x) quæritur. Eadem ratio facit, ut nemini in re propria testimonii dicendi facultas (y) concedatur. Propria autem cujusque res esse intelligitur, cujus commodum, aut incommodum ad eum quoquo modo suo nomine (z) pertinet. Proinde nihil intererit, utrum illud commodum sit pecuniæ, an exequutionis pœnæ, an gratiæ, an laudis, & existimationis. Pecuniarium commodum maxime rem propriam facit; hinc hæres testis esse non potest in eo testamento, in quo hæres (a) instituitur. Ergo nec is, cui bonorum possessio secundum tabulas defertur, cuive restituenda est ex (b) fideicommisso hæreditas. Et in universum quoties testes pecuniariter interest eum vincere, pro quo dicit, testis idoneus non habetur. Talis est fidejussor in causa debitoris; socius bonorum in parte socii, ubi in utroque eadem est causa defensionis; venditor in causa evictionis, qua cum emptore agitur de re (c) vendita; singuli in causa universitatis, aut collegii, cujus causæ commodum, aut damnum ad eos pertinet, præsertim si agatur de rebus, ex quarum proventu collegæ aluntur, aut salaria (d) percipiunt. Nihil ad rem facit, quod dicitur, res universitatis non esse proprias (e) singulorum: nam etsi non sunt in dominio singulorum, non eo tamen minus emolumentum earum ad singulos redire potest. Tales denique sunt generaliter omnes, qui testes adhibentur in eo instrumento, ex quo commodum sperant. Solis legatariis, & fideicommissariis concessum, ut testes esse possint etiam in eo testamento, ex quo legatum, aut fideicommissum (f) capiunt, forte quia hæc commoda non propter testimonium principaliter ad eos pertinere incipiunt, sed per consequentiam aditæ (g) hæreditatis. Commodum pœnæ exemptionis ad eos pertinet, qui sunt conscii, & participes ejusdem criminis, quos idcirco placuit pro reo idoneos testes non esse, quia illius absolutio etiam his prodesse potest, vel in totum, ut omnino non accusentur, vel ad speciem saltem (h) innocentiæ. Ad eos autem hoc non pertinet, qui sceleris admissi sponte indicium fecerunt, & confessi sunt sperantes (i) impunitatem, multoque minus ad eos, qui studio laudis accensi initam prodidere factionem, quos etiam præmio donati Principes voluerunt. Sane qui captus tormentis adhibitis, aut etiam sponte crimen confessus est, & alios indicavit, huic fides haberi non debet, quamvis ex judicio ejus aliqua criminis suspicio nascatur. Gratiæ commodum donatori acquiritur, cum res apud donatarium manet, proinde si quis rem donatam a donatario vindicet, in ea causa donator pro donatario testis idoneus non (k) erit, quamvis re evicta non (l) teneatur. Etiam eorum res agi putatur, ad quos fructus aliquis laudis, & existimationis redit. Hac de causa mandatis cautum, ne patroni in ea causa, cui patrocinium præstiterunt, neve exequutores, & administratores negotiorum in eo negotio, cui operam præbuerunt, testimonium (m) dicant; quo etiam pertinent (n) proxenetæ, & pararii, quorum interventu negotia, & contractus inter duos promoventur, horum enim omnium interest existimari, se rem bene, atque ex fide gessisse.

Ob metum incommodi removentur omnes, qui-

(x) *l. si quis*, C. *hoc tit.* At si cui objicitur, quod in alia lite, ut testimonium diceret, pecuniam acceperit, ad hunc rejiciendum necesse est, dici judicatum, vel convictum esse accepisse. *l.* 3. §. *lege Julia*, *h. t.*

(y) *l. omnibus*, 10. C. *l. nullus*, ff. *eod.* ubi Gloss. & vulgo DD.

(z) Ad quem fere modum definitur ab Ulpiano in *l.* 1. §. *in propria*, *qui appel.* & notat Gloss. in *d. l. omnibus*, *Cod. hoc tit.*

(a) §. *sed neque heres*, *Instit. de test. ord. l. qui testamento*, 20 ff. *qui test. fac.* diximus *lib.* 1. *c.* 34.

(b) Nam & hi juris successores sunt. *l.* 2. *de bon. poss.* §. *restituta*, *Inst. de fid. her.* Pet. Fab. in *d.* §. *sed neque*. Bald. 7. *in l.* 22. C. *de testam.* Reub. *p.* 2. *n.* 6. Jo. Crot. *hoc tr. p.* 1. *n.* 31.

(c) Sichard. in *d. l.* 10. *ipsi*, 9. & 8. & in *leg.* 11. *ipsi*, 10. *num.* 4. post Cyn. Bart. & Bald. Don. in *dd. ll. nu.* 3. & *n.* 13. Crot. *p.* 4. *n.* 70. Reub. *p.* 3. *n.* 40. & *p.* 2. *n.* 104.

(d) Don. in *d. l.* 10. *num.* 3. & 4. sed plenius distinguunt Sichard. in *l.* 6. *ipsi*, 5. C. *hoc tit. num.* 5. Reub. *p.* 2. *n.* 118. & *aliquot seqq.* & plenissime omnium Farin. *q.* 60. *illat.* 17.

(e) §. *universitatis*, *Inst. de rer. div. l. in tantum*, §. 1. ff. *eod. tit l.* 2. *quod. cujusq. univ.*

(f) *l. qui testamento*, *in pr. qui test. fac.* §. *legatariis*, *Inst. de test. ord. l. distantibus*, 22. C. *de testam.*

(g) Notavimus *lib.* 1. *c.* 34. *lit.* E. Adi tamen Reub. *p.* 2. *n.* 3. & *du. seqq.* Camp. *hoc tr. reg.* 84. Bachov. in *not. ad Treut. vol.* 2. *disp.* 10. *th.* 4. *lit.* K.

(h) *l. quoniam*, 11. C. *hoc tit. l. ult. de accus. cap.* 1. *extr. de confess. cap. veniens*, *ext. hoc tit.* Don. in *d. l. num.* 11. Sichar. *num.* 2. plane Reub. *p.* 2. *numer.* 98. & *seq.*

(i) De his, & proxime seqq. vide *l.* 1. *Cod. de fals. mon. l.* 5. §. *ult.* C. *ad leg. Jul. maj. d. l. ult.* C. *de accus. l.* 16. §. 1. *de quæst.* Reub. *d. loc. num.* 100. & *seq.* Campeg. *reg.* 86.

(k) Quia beneficii sibi debitorem acquirit, accipientem naturaliter obligat ad remunerandum. *l.* 25. §. *consulit*, *de her. pet.* quod lucri genus est. *l. si pignore*, 54. §. 1. *de furt.* Don. ad *l. omnibus*, C. *hoc tit. n.* 6. Sich. *ibid. circa fin.* & DD. comm. test. Step. Aufrer. *hoc tr. n.* 39. Diff. Reub. *p.* 3. *n.* 43. ubi donatorem male comparat cum venditore, cujus periculo evictio non est; id, quod bene vidit Alb. de Mal. *hoc tr. c.* 3. *n.* 50.

(l) *l. Aristo*, §. *ult. de donat. l.* 2. C. *de evict.* Nisi forte de ea promiserit, vel rem alienam dederit dolo malo. *dd. ll.*

(m) *l. ult.* ff. *hoc tit. c. ult. ext. eod. in* 6. qua de re vide Reub. *p.* 2. *n.* 148. & *seqq.* Don. in *d. l. omnibus*, *n.* 7. & Sich. *n.* 3.

(n) *Nov. de testib.* 9. *c.* 8. *c.* 1. *ext. de testib. in* 6. Don. *d. loc. n.* 8. & post DD. vulgo.

quibus imperari potest, ut testimonium dicant. Eorum fere genera duo, subditi alicujus potentis, aut nobilis, item domestici. Primum subditi alicujus (*o*) potentis testes pro eo produci non possunt; merito enim suspectum visum est falsum dicturos propter potentiam ejus, a quo producuntur, & incommodi, quo affici possint, vitandi causa. Non minus suspectum esse debet testimonium domesticorum. Sunt autem domestici testes, qui producuntur de domo ejus, cujus potestati, aut imperio subjecti (*p*) sunt. In potestate patrisfam. sunt, servi, filiifam. servi alieni, vel liberi, qui ei bona fide (*q*) serviunt. Imperio ejus subditi, uxor, quæ & ipsa de familia ejus esse (*r*) dicitur; item qui domi famulantur vel gratis; ut libertus in domo patroni degens; vel mercede conducti, ut famuli, & coloni in villis, qui omnes in numero sunt domesticorum (*s*). Causa suspicionis eadem, quæ in superioribus, quia credibile est, domesticos nihil facile in dominum dicturos esse, ne ab eo male accipiantur, aut ejiciantur domo. In utroque tamen hoc genere dici potest, etiam ex spe commodi suspicionem nasci, quia periculum sit ne gratiæ a domino ineundæ causa quidvis pro eo dicant (*t*).

CAPUT XXXI.

De amicitia, atque inimicitiis; deque fortuitis testimoniis, itemque eorum, qui ob pietatem, vel reverentiam non audiuntur.

AMicitia quoque testimonium suspectum facit; sed intima, & quæ efficiat, ut prope unus sit alter; qualis est inter parentes omnes, & liberos, etiam eos, qui non sunt in potestate; unde & hi nominatim invicem testes esse (*u*) prohibentur. In ceteris intimam amicitiam non tam ex conjunctione sanguinis, quam ex magnis, & mutuis officiis, & assidua vitæ consuetudine (*x*) æstimabimus. Finge talem esse inter aliquos voluntatum conjunctionem, qualis inter Theseum & Pirithoum, aut Pyladem & Orestem fuit, non dubitaverim alterius pro altero testimonio (*y*) derogare fidem. Quæsitum est de duobus fratribus; an & ipsi ob hanc causam prohiberi debeant, alter pro altero testimonium dicere. Et si quidem ambo adhuc sint in ejusdem patris potestate, testimonium eorum alia ratione improbatur; quia scilicet (*z*) domesticum est. Si emancipati ambo, alterum pro altero ex causa admiserim: quamquam tale testimonium ad fidem faciendam non magnum adferat (*a*) momentum. Quod si alter tantum emancipatus est, testimonium illius pro altero in potestate retento, aut hujus pro illo improbari debet ob personam patris, quæ eadem esse censetur cum persona filii in potestate (*b*) consistentis. Certum autem est, nolente adversario, neque patris testimonium pro filio emancipato, neque hujus pro illo in judiciis admitti. Ideo autem in judiciis adjicio, quia in testamentis pater filio emancipato, & hic illi, multoque magis fratri suo testis esse (*c*) potest. Quod & in aliis negotiis admitti debet, ubi unus de facto alterius ad tertii alicujus utilitatem testimonium perhibet (*d*).

Habent e converso & inimicitiæ justam causam (*e*) suspicionis; sed ut non quævis amicitia amici testimonium pro amico suspectum facit, ita nec quælibet inimicitiæ inimici con-

(*o*) *l. 5. in verb. potentatus, C. hoc tit.* & ibi Don. *in fin. arg. l. 6. ff. eod.* Neque tamen subditorum pro Principe dicta in totum rejicimus, aut eamdem vim tribuimus jurisdictioni, quam patriæ potestati. Vid. Alber. de Malet. *hoc tr. c. 2. n. 43. & seq.* Reub. *p. 2. n. 14. & seq.* Sichard. in *d. l. 5. n. 4,* Joan. Old. *hoc tr. c. de pers. testium, n. 7.*

(*p*) *l. 3. C. l. pin. ff. hoc tit.* junct. *l. 25. §. 2. l. 32. §. idem Pedius, de ædil. ed.*

(*q*) *l. perspiciendum, §. furta, de pœn. l. ult. §. pen. C. de his, qui ad eccl. conf.*

(*r*) *l. quicumque,* Cod. *de re mil. lib.* 12. Rub. p. 2. *n.* 20. *& multis seqq.* Ubi nec consentiente marito in eum testimonium dicere posse existimato. *n.* 29.

(*s*) *l. 11. §. furta domestica, de pœn. l. ult. §. pen. Cod. de his, qui ad Eccl. conf.* Don. in *l. 2. Cod. hoc tit. num.* 11. *& seq.* Reub. *d. loc. num. 67. & du. seq.* Campeg. *reg.* 11. Nepos de Mont. Alb. *num.* 84. Quod tamen non est extendendum ad eos, qui mercenarii olim fuerunt, Reub. *d. loc. num.* 70. Neque etiam pertinet ad nostros colonos, aut inquilinos, qui domestici non sunt. Reub. *p. 3. n.* 31.

(*t*) Hanc rationem reddit Don. in *l. 5. C. h. t.* priorem in *d. l. 2. C. eod.*

(*u*) *l. 9. ff. h. tit.* Atque hoc verum est in infinitum, & ad naturales quoque extendendum. *arg. l. 4 §. 2. cum duab. ll. seqq. de in jus voc.* Ceterum adversario consentiente non video cur testimonium liberorum pro parentibus, aut vice versa non debeat admitti. Diss. tamen Reub. *par. 3. n.* 38.

(*x*) Duar. in *comm. post. hoc tit. c. 1. sect.* 2. Reub. *p.* 13. *num.* 30. idque Judicem ipsum expendere convenit. *l. 3. in pr. hoc tit.* Gabriel. *tit. de test. concl.* 11. *num.* 8.

(*y*) Vide de hac re Farinac. *de test. q. 55. inspect.* 5.

(*z*) *§. in testibus, Inst. de testam. ord.* junct. *l. 3. alias,* 2. *C. l. 9. l. 23. ff. hoc tit.*

(*a*) *Arg. l. 3. in pr. ff. hoc tit.* Uberius de hac quæstione disserunt Reub. *p. 2. n. 48. & seqq.* Farin. *hoc tr. q. 54. n.* 84.

(*b*) *l. ult. Cod. de imp. & al. subst.* ita ut ubi unus, alter quoque esse videatur. *l. cum scimus, circa fin. C. de agr. & cens. lib.* 11.

(*c*) Vinl. in *d. §. in testib.* Immo & filius non emancipatus patrem in testamento testem adhibere potest, cum de castrensi peculio testatur. *l. 20. §. per contrarium, qui test. fac. d. §. in test.* Hoc ita tam varie, quia testatori, quam hæredi testimonium dicunt. Reub. *d. loc. n.* 44.

(*d*) Exempli causa, si pater, vel filius alicui quid donet, & donationem testibus convocatis conscribi faciat. Illud certum est, nihil prohibere, quominus plures ex una domo alieno negotio testes adhibeantur. §. 8. *Inst. de test. ord.*

(*e*) *l. 3. in pr. l. ob carmen, l. §. 1. ff. Auth. si testis. & l. si quis testib. C. hoc tit. l. comparationes, C. de fid. instr.*

contra inimicum; sed illæ solum, quæ vel vitam, vel libertatem, vel existimationem petunt, quas ex usu Latinorum uno nomine capitales appellare (*f*) possumus. Eas duabus ex causis arguimus: ex accusatione criminali, & ex vi, atque injuria extra judicium nobis illata. Primum pro inimico habendus, qui accusationem de crimine adversus nos instituit, sive id crimen sit publici judicii, sive (*g*) privati: unde intelligimus omnem eum testem ut inimicum rejici posse, qui vel vitam nostram, vel libertatem, vel existimationem judicio publico, aut privato oppugnavit. Accusatori simillimus est, qui in capitali controversia ante in nos testimonium dixit; quamobrem & hic a testimonio iterum in nos dicendo merito (*h*) arcebitur. Quod si verum est, quanto suspectius esse debet testimonium eorum, qui hoc modo læsi sunt, si adversus eos, a quibus læsi sunt, (*i*) producantur? Porro, quod in accusatore recipimus, id multo (*k*) magis recipiendum in eo, qui extra judicium vitam nostram, aut ea, quibus vita continetur, oppugnavit vi, aut dolo; veluti si quis violentas manus nobis intulerit, vitæ nostræ insidiatus sit, atroci injuria nos affecerit, famam nostram conviciis, aut scripto proscideris; quorum proinde singula valere debent ad testem, ut inimicum, rejiciendum. Qui autem semel inimicus esse cœpit, tamdiu perseverare intelligitur, donec reconciliatio intervenerit; addunt (*l*) plerique donec controversia finita sit, quod non placet: nam quo perseverantiores inimicitiæ, eo graviores, quæ non minuuntur sententia Judicis, condemnatione etiam augentur. De lite pecuniaria nihil hic definimus, sed relinquimus parti adversæ suo tempore, & loco refutandi, excipiendique potestatem (*m*).

Postremo fortuita testimonia ut suspecta reprobantur in iis causis, in quibus ut rogentur testes necesse est; veluti in testamentis, solutione, factæque solutionis confessione, pecuniæ depositione, & (*n*) divortio. Unde ne quid hic excipi possit, usu & consuetudine obtinuit, ut in conscribendis testationibus, & instrumentorum confectione testes corrogentur, atque hæc clausula semper adjiciatur, testes rogatos fuisse †.

Ex his fere causis testimonia suspecta fiunt, testesque ut suspecti repudiari possunt. Sunt, ut diximus, & qui ob solam pietatem, aut reverentiam, quam debent iis, in quos producuntur, testimonium dicere vetantur; ut liberi in parentes, & vicissim parentes in liberos; in tantum, ut nec volentes invicem adversus se ad testimonium (*o*) admittantur; non utique ob suspicionem falsi, quod in patre adversus filium, aut viceversa metui non debet; sed ne pietas, amorque naturalis testimonio violetur. Eadem fere ratione nec liberti testimonium contra patronum (*p*) admittitur, ne scilicet honorem, & reverentiam patrono debitam testimonio suo lædat. At e contra in patrono nulla ratio est, cur volens adversus libertum audiri non debeat (*q*).

CAPUT XXXII.

De singulorum testium dispositione.

HÆc in testium persona spectanda. In dictis singulorum duo desideramus: ut res, de qua quæritur, ipsis sit cognita; ut ne varient, vacillent, aut sibi ipsi contraria dicant. Primo igitur, cum nihil nobis cognitum dici possit, quod quidem in facto consistat, nisi quod sensu corporis usurpavimus, apparet ad testimonii fidem non sufficere, si quis dicat se scire,

(*f*) *l. licet capitalis*, 109. *de verb. sign.* Reub. *p.* 2. *n.* 83. Don. ad *d. Authen. si testis*, *n.* 5.

(*g*) Per *d. Auth. si testis*, & ibi Sichard. *num.* 4. Don. *n.* 2. *& du. seqq.*

(*h*) *l. produci*, 23. *h. t. c. meminimus*, *ext. de accus.* Duar. 1. *disp.* 28. Ferner. 2. *select.* 10. Reub. p. 2. n. 90. & DD. comm. Diss. Budæ. ad *d. l.* 23. & Don. in *dict. Authen. si testis*, *n.* 11. *& seq.*

(*i*) Facit exemp. in *l.* 1. §. *cum quis*, *de quæst.* Atque ad hanc speciem prohibitionis *d. l.* 23. accommodant Budæus & Don. *d. loc.* qui locum sic reponunt: produci testis non potest in reum, qui ante in eum (scilicet testem, & ante reum) testimonium dixit: quam lectionem etiam probat Robert. 4. *sent.* 3.

(*k*) Nam judicium jure peragitur, ut si jure agenti nonnulla exceptio; at vis, & injuria extra judicium illata nullam juris defensionem habent.

(*l*) Quos in errorem traxit vitiosa versio veteris interpretis Nov. cujus versionem item sequutus est conceptor *Auth.* in *d. Auth. si testis*, desumpta ex Nov. 90. *cap.* 7. error est crassus, quem facile deprehendent Græcæ linguæ studiosi.

(*m*) Cum Reub. *dict. p.* 2. *num.* 86. *& seq.* Si de omnibus bonis, vel majore parte inter aliquos lis sit, eos a testimonio repellunt, comm. DD. in *l.* 3. *hoc tit.*

(*n*) *l. heredes*. §. *pen. qui test. fac. leg. divus*, 24. & ibi Accurs. in *verb. convocatis*, *de mil. test. l. Pamphilo*, 31. §. 1. *de leg.* 3. *Auth. rogati*, C. *hoc tit.* Nov *eod.* c. 2. Nov. *de fid. instr. c.* 1. *l.* 9. *de divort.* adde Reub. *p.* 3. *n.* 63. *& seqq.*

† Neque tamen omissa hac clausula vitiabitur instrumentum, ut bene contra Bart. Sichard. in *d. Auth. rogati*, *num.* 3.

(*o*) *l.* 6. C. *h. t.* ubi Gloss. & DD. vulgo. Quid si filius volet testis esse, nec repugnabit pater? Officium boni Judicis est, ne sic quidem filium admittere ad testimonium adversus patrem dicendum, ut recte Jo. Andr. in *addit. ad Specul.* §. 1. *vers. in id velit.* Reub. *p.* 2. *num.* 32. Don. in *d. l.* 6. *n.* 1.

(*p*) Ne volentis quidem. *l.* 12. C. *h. t.* Ubi non absurde quid novi juris ab Imp. constitutum esse, & priori additum defendi potest, propter *l.* 4. ff. *eod.* quidquid dicat Reub. *d. p.* 2. *n.* 187. An vasalli, & quando contra dominum feudi testes esse possint, vide Sich. in *d. l.* 12. *n.* 3. Reub. *p.* 3. *n.* 106. *& seqq.*

(*q*) Adeoque hoc testimonium gravissimum videri debet. Illud constat, si dicere nolit, non esse cogendum. *d. l.* 4. *hoc tit.*

scire, nisi (*r*) causam scientiæ, eamque a naturali aliquo (*s*) sensu petitam afferat. Ubi duo diligenter animadvertenda. Primum, ut sensus sit conveniens rei, de qua agitur; nam si res proposita solis oculis, verbi causa, dijudicari potest, non est idoneum testimonium, si testis dicat, se (*t*) audivisse. Secundum, ut ratio scientiæ a sensu proprio, non alieno petatur. Quapropter nisi testis ipse præsens rem viderit, audiverit, aliove sensu corporis perceperit, testimonium ejus nullum (*u*) pondus habet. Præsentiam autem magis ex animo, & eorum, quæ geruntur, intelligentia æstimamus, quam corpore. Proinde si agetur de negotio, quod auribus percipi potest, veluti de convicio facto, etiam ille præsens fuisse intelligi debet, qui exaudire vocem potuit, quamvis non in eo loco, ubi factum dicitur, sed in vicina domo, aut (*x*) hortis fuerit. Plane si res talis sit, quæ non aliam, quam nudi auditus probationem recipit, qualis est rumor, aut fama, aut in qua probanda propter brevitatem vitæ non semper sensus proprii testimonium haberi potest, cum quæritur de memoria vetusti operis, item de cognatione alicujus, aut affinitate, hic etiam testes spectatæ fidei admittuntur, qui affirment, se id, quod quæritur, ex aliis audivisse (*y*).

Secundo si testis variet, aut vacillet, aut sibi ipse contradicat, certum argumentum est ignorantiæ, aut mendacii, quorum utrumque suspectum testimonium reddit, atque infirmum; (*z*) nisi forte justo errore lapsus, in quem facile quis incidit propter temporis diuturnitatem, in continenti errorem suum correxerit, tunc enim (*a*) posterius ejus dictum valebit. Quod si testimonium falsum esse deprehendatur, potestas fit Judicibus in testem, qui deliquisse deprehensus erit, etiam jurisdictioni ejus, apud quem testimonium dixit, non subjectum, pro modo, & qualitate delicti animadvertere; dummodo coercitio formam non excedat jurisdictionis (*b*).

CAPUT XXXIII.

De numero testium.

Ut testimoniis credatur, non tantum in persona testium, & eorum singulorum depositione positum est, sed etiam in numero, & depositione universorum. De numero ita jus est: nunquam (*c*) unius testimonio, quantacumque auctoritate ille unus præditus sit, tantum tribuendum esse, ut Judex ei credere, & plane assentiri (*d*) debeat; sed ad justam fidem testimonio conciliandam plerumque quidem duos, nonnunquam etiam plures requiri. Qua de re sic commode definiemus: ubi numerus testium lege non adjicitur, etiam (*e*) duos sufficere: ubi vero plures lege desiderantur, minorem numerum, quam qui lege definitus est, non esse recipiendum. Nunquam autem fere amplior testium numerus legibus requiritur, quam septem, idque duabus dumtaxat in (*f*) causis: in testamentis, itemque in divortiis, & repudiis. In alia autem quavis ultima voluntate non pauciores, quam (*g*) quinque adhibendi; quemadmodum & in quibusdam negotiis inter vivos, ut in solutione debitoris scripto obligati nulla apocha accepta, in confessione creditoris confitentis sibi pecuniam esse solutam, item in instrumento contractus libram auri excedentis, & ab imperito

(*r*) *l.* 3. C. *hoc tit.* & ita DD. comm. eam *l.* intelligunt post Gloss. *ibid. in fin.* Et ratio est, quod causa, sive ratio depositionis sola est, quæ dictum testis vel confirmat, vel infirmat, ut ex Bald. refert Sichar. in *d. l.* 3. num. 2.

(*s*) *l.* 18. C. *eod.* Dicant, quæ noverint ait Imp. in Nov. 123. *cap.* 7. At constat principium omnis cognitionis esse a sensu; & est argum in *l. qui testamento*. §. *pen. qui test. fac.* Sichar. in *d. l.* 3. *n.* 3. Reub. *dict. loc.* Don. in *d. l.* 18. *n.* 17.

(*t*) Ut puta, cum debitor solvit creditori, hæc res percipitur visu; proinde dicere debent testes se vidisse, cum illi solveretur. Rursus, si interrogentur de eo, quod stipulator stipulatus est, aut promissor respondit, dicere debent se audivisse, ut alleg. *dd. loc.*

(*u*) *d. l. testium*, 18. C. *hoc tit. d. l. qui testamento*, §. *pen. qui test. fac.*

(*x*) *l. coram Titio*, 209. *de verb. sign.* junct. *l.* 1. §. *eodem autem tecto*, *ad Syllan.* Reub. *d. loc. n.* 121.

(*y*) Vid. *cap. licet ex quadam*, 27. *extr. hoc tit. cap. tua nos*, *de consang. & affin. l.* 2. §. *idem Labeo*, *de aq. plu. arc. l. si arbiter*, *de prob.* Consule Reub. *dict. loc.* num. 122. Prolixe de testibus de auditu tractat Farinac. *qu.* 99. *hic.*

(*z*) Nov. 89. *c.* 3. *l.* 2. *l. qui falsa*, ff. *l. nullum*, C. *eod.* & ibi Don. *n.* 6. Sichar. *n.* 5. *c. licet causam*, *extr. de prob. c. literas*, *de præsumpt. arg. l. ubi pugnantia*, 188. *de reg. jur.* Reub. *d. loc. num.* 143. adde Althus. *l.* 3. *c.* 35. *n.* 53. & *seqq.*

(*a*) *Arg. l. Stichus*, 21. *de man. test. l. si ita scriptum*, 47. *de her. inst.* Si vero ex intervallo correxit, magis est, ut prius dictum valere debeat. *c. præterea*, *in fin. de testib.* cog. quia magna suspicio est, ne ab adversario corruptus testimonium mutare voluerit. Reub. *d. loc. n.* 144. Tynd. *hoc tr. cap.* 4.

(*b*) *d. l. nullum*, 14. C. *hoc tit.* ubi vide Don. Plura autem qui hic desiderat, adeat Tynd. *tract. de testib.* qui in hoc solo arg. totus consumitur; item Althus. *dict. loc.* & ibi allegatos Menoch. Farin. Gabriel.

(*c*) *l.* 9. §. 1. C. *hoc tit. de testibus*, *l. maritus*, 20. ff. *quod.* nam vox unius vox nullius, ut dicit Canon in *c. veniens*, & *c. licet*, *hoc tit.*

(*d*) Non enim prorsus contemnendum putamus testimonium unius, præsertim si vir bonus sit, & dicta ejus aliis argumentorum adminiculis adjuventur. vid. *supra c.* 19. & *infr. c.* 38.

(*e*) *l. ubi*, *hoc tit.* Idque conveniens est dicto Christi, ut in ore duorum, vel trium stet omne verbum. *Matth.* 19. *Luc.* 17.

(*f*) *l. hac consultissima*, C. *de test. l.* 9. ff. *de divort.* In testamento cæci requiruntur octo. *dict. l. hac consultissima.*

(*g*) *l. ult. Cod. de cod.* & in testamentis rusticanorum, idem numerus sufficit. *l. ult.* C. *de test.*

rito literarum in urbe (*h*) celebrati. Paucis item in caufis non minor teftium numerus, quam trium, legitimus (*i*) habetur; veluti in confectione inventarii, in facienda comparatione literarum, in probanda fcriptura privata, cum is, qui fcripfiffe dicitur, fe fcripfiffe negat, & res in urbe gefta libram auri excedit; item in eo inftrumento privato ex quo creditor hypothecaria agens fe præferri poftulet creditoribus pofterioribus quidem, fed qui publico inftrumento nitantur. Ex his jam certo colligere poffumus, in maleficiis, & delictis, item in omnibus contractibus, ubi res fcriptura non geritur, quod folvit, prius inftrumento non cavit, duos teftes fufficere.

Quod fi juftus teftium numerus producatur, fed qui inter fe diffentiant, refert utrum unus multis contradicat, an plures pluribus. Si unus multis, id reliquorum teftimonio non derogat fidem, nifi fit ex numero eorum, qui in negotio aliquo (*k*) neceffario requiritur. Sin vero plures a pluribus diffentiant, tentanda primum eft per commodam interpretationem (*l*) concordia; fi ad concordiam commode perveniri non poteft, ad comparationem perfonarum recurrendum eft, in qua plus honeftas, atque auctoritas valere debet, quam (*m*) numerus. Quod fi omnes fint ejufdem honeftatis, & exiftimationis, ex argumentis, & teftimoniis, quæ rei aptiora, & vero proximiora effe compererit, animi fui motum Judex (*n*) confirmabit. Quod fi ne hoc quidem appareat, (*o*) majori teftium numero credendum. In pari autem eorum numero humanius eft, ut pro reo (*p*) judicetur. Quod autem de diverfa, aut contraria plurium teftium depofitione diximus, in eo honeftioribus potius fidem effe habendam, quamvis paucioribus, id non tantum locum habet, ubi qui ab una parte funt, adverfæ partis teftibus contradicunt; fed etiam cum ab eadem parte producti inter fe diffentiunt; tametfi aliud in inftrumentis contrariis ab eodem prolatis fervetur, propter culpam, & approbationem proferentis (*q*).

CAPUT XXXIV.

De teftium in judiciis ufu, ac primum de neceffitate teftimonii dicendi; tum quæ caufæ hanc neceffitatem remittant.

Habemus ea, quæ ad fidem teftimonio adftruendam in teftibus, tum fingulis, tum univerfis requiruntur. Alter locus erat de eorum in judiciis ufu; de quo fupereft ut deinceps cognofcamus. Ufus hic pofitus; partim in neceffitate teftimonii dicendi; partim in teftium productione, & recipiendi, atque interrogandi modo. Neceffitas teftimonii dicendi imponitur teftibus, cum iis denunciatur a Judice, ut teftimonium dicant. Hæc neceffitas geminam aliam adverfus abfentes inducit: primo, ut vocati teftimonii dicendi caufa ad Judicem venire cogantur; deinde, ut tamdiu maneant, donec fint (*r*) interrogati. Cogendi ratio pofita in remediis Magiftratus comparatis ad coercendos nec obedientes cives; qualia funt, pignora capere, diftrahere, (*f*) mulctam dicere. At enim non omnibus teftibus hæc neceffitas incumbit, fed quibufdam jure remiffa eft. Ex his autem funt, quibus in totum tribuitur, ut ne inviti teftimonium dicant; funt, quibus evocatis teftimoniis dicendi caufa remittitur neceffitas ad Judicem veniendi. In totum non coguntur teftimonium dicere: cognati adverfus cognatos, modo ne fint inferiores fobrino

(*h*) Hæc in *l. teftium*, 18. & *Auth. rogati*, *C. h. tit. Nov.* 90. *c.* 2. *de teftibus*. Don. ad *l.* 15. *C. de fid inftr. n.* 12. & *ad d. Auth. n.* 6.

(*i*) De quibus vide *l. ult. Cod. de jur. del. l. comparationes*, *Cod. de fid. inft. Nov.* 73. *cap.* 1. & 2. *l.* 11. *Cod. qui pot. in pign.* Sunt & alia, quæ æqualem, aut majorem exigant numer. de quibus Archidiaconus in *fumma* 2. *q.* 5. & de fingulis plene Farinac. *q.* 63. *num.* 39. & *feq.*

(*k*) *l.* 1. *in fin. quemad. teft. ap.* alias vox unius adverfus multos admittenda non eft. *c. veniens*, *ext. hoc tit.* At fi finguli repugnent fingulis, nulli creditur, quia in teftimonio fuo funt fingulares. Jo. Old. *tract. de teft. Cod. de fid. div. teft.* Reub. *part.* 3. *n.* 177. & *feq.*

(*l*) Quæ tamen non abhorreat a jure, & æquitate. Old. *d. loc.* & Reub. *n.* 149.

(*m*) Proinde fenior præferendus juniori, honoratus plebejo, locuples egeno, vir inculpatæ vitæ reprehenfibili &c. *l.* 3. *l. ob carmen*, *hoc tit. cap. in noftra*, 32. *ext. eod.* Rub. & Jo. Old. *dd. loc.*

(*o*) Nam ne hic quidem ad multitudinem refpici oportet, fed ad finceram teftimoniorum fidem, & ad ea teftimonia, quibus potius lux veritatis affiftit. *d. l.* 3. & *d. l. ob carmen*, *in fin. hoc tit.* Reub. *d. loc. n.* 153. adde *l. fi plures*, *de accuf.* & ibi Bartol.

(*o*) Semper enim illud integrius habendum, quod plurimorum fententiis minime fufpectorum firmatur. *cap. prudentiam*, *ext. de offic. deleg. cap. Ecclefia noftra*, *de elect.* facit *l.* 8. & *feq. de poft. d. l.* 3. §. 2. *hoc tit.* Reub. *dict. loc. num.* 154. femper tamen duo affirmantes præferuntur decem negantibus. Acc. in *l.* 27. §. 3. *de arb.*

(*p*) *Argum. l. favorabiliores*, *de reg. jur. l. Arianus*, *de obl. & act.* Et fatius eft nocentem abfolvere, quam innocentem condemnare. *l.* 5. *de pœn.* longeque melius lenitatis, quam acerbitatis accufari. *can.* 26. *q.* 7. *cap. allegant*. Ceterum in caufa favorabili, veluti libertatis, dotis, teftamenti, matrimonii, pupillorum, & fimilium huic regulæ non eft locus. Reub. & Old. *dd. loc.*

(*q*) Nam inftrumenta proferens potuit cognofcere, qualia ifta effent, convenientia, an repugnantia; at producens teftes divinare non potuit, qui, & quales, aut quid effent dicturi. Quare non obftat *l. fcripturæ*, 14. junct. *l. feq. C. de fid. inft.* Gloff. in *d. l.* 14. & Sich. *ibid. n.* 8. Don. in *l.* 9. *C. hoc tit. n.* 18.

(*r*) Ut intelligimus ex *l. pen. C. h. tit. de teftib.* & ibi Don. facit *tit. de teft. cog. ext.* Reub. *p.* 2. *num.* 168. & *feqq.*

(*f*) *l.* 1. §. 3. *de vent. infp. l.* 1. *fi quis jus dic.* ut pœna deterriti veniant, & teftimonium dicant. *l.* 3. §. *exhibere*, *de tab. exh.* Sicard. ad *rubr. C. h. tit. n.* 4. Don. ad *d. l. pen. n.* 14. Reub. *d. loc. n.* 171.

brino (*t*) natis; affinis adversus affinem, dummodo sit ex eorum numero, qui invicem parentum, aut liberorum (*u*) loco sunt; item patronis adversus (*x*) libertum, quod tum conjunctioni sanguinis, tum officiorum necessitudini tributum est. In eodem quoque genere recte collocabimus eum, qui judicio publico reus est; item minores viginti annis; illum ne odia civium, quorum favore in reatu suo indiget, in se convertat; hos, quia obtendere possunt ætatis, & judicii (*y*) excusationem. Veniendi ad Judicem necessitas remittitur interdum ob personam testis, interdum ob intervallum locorum. Ob personam testis, primum iis, qui venire non possent, senectute, morbo, tempestate, aut vi (*z*) impediti. Secundo, qui sine fraude Reipublicæ a munere suo vocari non possunt; quales sunt, qui legatione funguntur Magistratus, milites publicani, qui aliquid exercitui præbendum conduxerunt. Tertio, personis egregiis Episcopis item, qui non detrectandi testimonii causa (*a*) abierunt.

De intervallo locorum sic statuendum. In causis criminalibus, utpote in quibus majus periculum versatur, Judex curare debet, ut omnimodo testes ad se evocentur, & coram testimonium (*b*) dicant; quod precibus consequentur a Magistratu ejus Provinciæ, in qua (*c*) degunt. Quod si agatur de causa pecuniaria, non sunt temere per longum iter evocandi; sed diligentis Judicis est explorare, quæ fuerit consuetudo in ea Provincia, in qua (*d*) judicat. Ceterum quia evocari, & cogi non possunt, qui sunt ex aliena jurisdictione, utilitatis publicæ causa, ne facultas probationum auferretur, admissa est & in aliena Provincia testium (*e*) interrogatio; quæ ut rite facta intelligatur, tria hæc concurrere oportet. Primum, ut Judex causæ litigatores, aut eorum procuratores destinet in Provinciam, idest, interloquendo pronunciet, illis licere eo ire, & curare, uti testes ibi rite examinentur, dimitteque eos cum literis ad Judices illius loci, petens ne jurisdictionem iis denegent, sed testes pro (*f*) officio interrogent. Secundum, ut testes examinentur sub præsentia saltem unius partis, si pars altera venire (*g*) neglexerit, quem tamen ritum hodie non observat judiciorum consuetudo, ut paulo post dicetur. Tertium, ut testimonia recepta referantur (*h*) ad Judicem, qui de re cognoscit; quippe qui nihil aliud, quam nudam testes interrogandi potestatem alienis Judicibus commisit.

Quæ necessitas est veniendi, eadem est manendi cum testis venerit, donec sit interrogatus; quæ mansio jurijurando ejus, aut si mavult fidejussoribus committenda est. Sed ne mansio sit longior cum manifesta testium injuria, cautum est, ut non longius retineri debeant, quam decem, & quinque dies, quibus exactis, ita eis discedere liceat, ut nec postea vocati denuo venire (*i*) cogantur. Quod si culpa Judicis factum erit, quominus intra præstitutum tempus testes interrogarentur, placet Judicem, si qui sumptus faciendi sunt, missis ad eos, per quos interrogentur, aut si causa ob id amissa sit, totum id damnum parti læsæ sarcire (*k*) debere. Atque hoc quidem cum in causis pecuniariis nominatim constitutum sit, quæsitum est, an in causis criminalibus idem servari oporteat. Et recte placuit non idem servandum esse, sed quoties Judici expedire

---

(*t*) *l.* 4. ff. *eod.* quæ lex etsi diserte loquitur de publicis judiciis, tamen etiam ad privata eam transfert Accurs. quamvis male judicio Reub. *d. loc. n.* 174. add. Farinacc. *q.* 54. & 78.

(*u*) *dict. l.* 4. & *l.* 10. *in pr. de grad. & affin.* Generi autem appellatione & sponsum filiæ quoque accipimus, & nurus sponsam filii. *l.* 5. *eod.* Enimvero durante tantum affinitate hæc locum habent. Reub. *dict. loc. num.* 179.

(*x*) *d. l.* 4. nec libertus adversus patronum. *d. l.* 4. quam cum *l.* 12. C. *h. t.* conciliare studet Reub. *d. loc. n.* 188. Nos in *d. t.* 12. aliquid novi juris priori addi existimamus. Vid. *c.* 31. *sup. in fin.*

(*y*) Ita Don. non improbabiliter interpretatur *leg. in testimonium*, 20. ff. *hoc tit.*

(*z*) Ad quos si Judex miserit, qui domi eos interrogent, coguntur testimonium dicere. *l.* 15. *de jurej.* ergo quod dicitur in *l.* 8. & *l.* 19. *hoc tit.* hosce invitos testimonium non decere, sic accipere debemus, invitos eos non dicere, ut ceteri dicunt, qui citati venire coguntur. Don. in *l. pen.* C. *hoc tit. n.* 13. Reub. *d. loc. nu.* 213. *usque ad fin.*

(*a*) De quibus omnibus in *l.* 9. *l.* 19. *l.* 3. §. *ult. h. tit. d. l.* 15. *de jurejur.* Nov. 55. *de Episc. c.* 7. *Auth. sed Judex*, C. *de Episc. l. Medicos*, C. *de profess. c. si qui testium*, ext. *h. t. l.* 1. C. *qui ætat. vel profess. lib.* 10.

(*b*) *l.* 9. §. *pen. de quæst. l.* 3. §. 3. *hoc tit.* Nov. *de test. cap.* 5. *in fin. Auth. apud eloquentissimum*, C. *de fid. instr.* ubi Don. *n.* 2. & *in l.* 4. C. *hoc tit. n.* 8. Reub. *d. loc. n.* 252. Gail. 1. *obs.* 95. *num.* 10. Duar. in *comm. post h. tit. cap.* 2.

(*c*) *Arg. Auth. si vero*, C. *de adult.* Nov. 134. *cap.* 5. quæ quamvis de facinorosis mittendis in eum locum, ubi deliquerunt, loquantur, eadem tamen ratio pro portione & in testibus, qui mittendi sunt.

(*d*) Ut si probabitur sæpe in aliam civitatem testimonii gratia plerosque evocatos, dubitandum non sit, quin evocandi sint, quos necessarios ipsa cognitione deprehenderit qui judicat. *l.* 3. *in fin. h. tit.*

(*e*) *l. Judicis*, 18. C. *de fid. instr.* Nov. *d. t. cap.* 5.

(*f*) Has literas vocant literas mutui compassus, & requisitoriales. Fit autem hæc interrogatio secundum formam, & stylum judicii, qui observatur in eo loco, in quo testes habitant. Gail. 1. *obs.* 96. Glar. *q.* 26. *o.* 3. Mynf. 3. *obs* 40.

(*g*) Ut sub utriusque partis præsentia testes interrogentur, exigit *dict. l. judic.o*, 18. Cod. *de fid. instr.* Sed hoc emendat novella constitutio, cujus fragmentum extat in *Auth. sed & si quis*, C. *h. tit.*

(*i*) *d. l. Judices*, ubi id notant comm. DD. Nov. *de te stib. cap.* 5.

(*i*) Utique tamen etiam postea interrogari possunt, ed missis ad eos, per quos interrogentur. Don. in *leg. pen.* C. *hoc tit. n.* 16.

(*k*) Quæ omnia apertissime constituta sunt in *d. leg. pen.* C. *hoc tit.*

dire videbitur, recte testes vocari posse, cum publice intersit sontes puniri, insontes (*l*) absolvi,

Extra has personas, & causas manet ea, quam posuimus, testimonii dicendi, eoque nomine ad Judicem veniendi necessitas. Ceterum sciendum est, sic testibus hanc necessitatem imponi, ut tamen simul iis prospiciatur, ne cogantur de suo sumptus itineris in causa aliena facere, sed jubentur ii, qui eos producunt, sumptus ad futurum iter necessarios suppeditare, eosque prærogare, æstimandos non pro suo arbitrio, sed ex conditione, & dignitate cujusque personæ, & itineris (*m*) longinquitate. Quod si hi sumptus non præstentur, poena hæc erit, ut ne testes cogantur venire.

CAPUT XXXV.

De productione testium, eorumque recipiendorum, atque interrogandorum forma.

COgnita necessitate testimonii dicendi, quæ testibus omnibus, qui non excusantur, imponitur, reliquum est, ut de productione eorum, deinde etiam de forma eos recipiendi, atque interrogandi dicamus; quorum alterum litigatoribus incumbit, alterum Judici. De productione tres sunt quæstiones: quod producere liceat, quoties, quod tempus producendorum. Primum evocandi licentia constitutionibus ad sufficientem testium numerum coarctata est, ut Judex moderetur, nec plures evocari patiatur, quam sunt (*n*) necessarii. Secundo plures productiones re adhuc integra admissæ, secunda, & tertia sine conditione, quarta non aliter, quam si is, qui quartum testem producere desiderat, juret sibi neque priora testimonia, neque adversarii exceptiones cognitas esse, se absque ulla fraude, malitia, aut machinatione, sui tantum juris conservandi causa, quartam productionem (*o*) postulare. Sed & qui tertio, iterum, vel etiam semel testes produxit, si in causa concluserit, vel aliis productionibus renunciaverit, vel si dicta testium jam productorum, aut adversarii exceptionem, & quæ de ea testificata sunt (*p*) cognoverit, ad aliam productionem non admittitur; quia periculum est, ne emendet ea, quæ in prioribus testimoniis non placent, quodque illis ad causam obtinendam deesse intellexerit, testibus novis subornatis (*q*) adjungat. Postremo producendi sunt testes intra tempus dilationi ad eos producendos constitutum secundum locorum distantiam. Nova dilatio non facile, ac nonnisi causa cognita conceditur (*r*).

In recipiendis, atque interrogandis testibus hic ordo servandus. Judex, qui de causa cognoscit, testem productum, si nihil oberit, recipiet, idest, ad examen admittet; deinde eumdem jurejurando obstringet; novissime ad examen, atque interrogationem accedit. Ante omnia testes receptos jurisjurandi religione obstringere debet, ut metu divini numinis injecto non mentiantur; injuriatis, quacumque dignitate, aut vitæ sanctimonia prædiri sint, non (*s*) creditur, nisi pars adversa necessitatem jurandi (*t*) remiserit. Jurabunt autem non tantum se falsum non dicturos, sed etiam quod verum erit non celaturos. Ceterum artifices, qui adhibentur ad renunciandum aliquid, quod ad eorum artificium pertinet, non aliud cogendi sunt jurare, quam se dicturos ex animi sententia quod putent (*u*).

In interrogando hæc forma juris: Interrogari testes debent a Judice; singuli seorsum, præ-

---

(*l*) *l. cum qui*, 18. *in pr. de injur. l.* 5. *de poen.* faciunt quæ notavi *sup. hoc c. lit.* B.

(*m*) *l. quoniam liberi*, Cod. *hoc tit.* facit *l. eos*, §. *si quis* C. *de appell. cap. statutum*, §. *proferendo*, *de rescr. in.* 6. Sichard. ad *d. l. quoniam*, *n.* 6. *& seq.* Don. *ibid. n.* 1. *& aliquot seq.*

(*n*) *l.* 1. §. *ult. hoc tit.* nam si permitteretur alicui quotcumque velit testes producere, inde consequeretur maxime hominum vexatio, Duar. *post comm. c.* 3. adde Farinacc. *q.* 80. *n.* 116. *& seq.* Menoch. 2. *arb. cas.* 249. qui & Judicem oportere æstimare tradit, quando sufficiens numerus videatur productus, & intentio producentis satis probata. Adde Damhoud. *prax. civ. cap.* 164. *& seq.*

(*o*) Nov. *de testib. cap.* 4. *Auth. at qui semel*, Cod. *de prob.* ubi Don. Sichard. & vulgo DD. Duar. *post. comm. cap.* 4. *circa fin.* adde Gail. 1. *obs.* 105. Farinac. *q.* 75. Althus. *lib.* 3. *cap.* 30.

(*p*) Vel aliquis Advocatorum ejus, vel pro eo agens. *d. Auth. at qui semel.* Farinac. *d. q.* 75. ubi *num.* 45. *& seqq.* docet, quando attestationes, & depositiones testium pro cognitis a parte habeantur. Eod. loco subjicit aliquot hujus regulæ exceptiones, & ex eo Althus. *d. loc. num.* 7. *& seqq.* vide & Jo. Old. *hoc tr. C. quo tempore producendi sint teste.*.

(*q*) *d. Auth. at qui semel*, *d.* Nov. *de testib. cap.* 4. *cap. fraternitatis*, *cap. in causis*, *cap. significarunt*, 36. *ext. hoc tit.* & ibi Gloss. Can. & DD.

(*r*) *l.* 1. ubi DD. C. *de dilat.* Regulariter autem productio testium in judiciis post litem demum contestatam admittitur, quo tempore primum Judici potestas sit de causa principali cognoscendi. *cap. quoniam frequenter*, *in pr. ut. lit. non cont.* & ibi Zo. Andr. Innoc. Butr. Imol. Bart. ad *l. si quando*, *Cod. hoc tit.* Quia tamen sæpe contingit, ut nostra intersit, ne differatur testium examinatio, multi casus excipiuntur, quibus etiam ante lit. contest. testes producere liceat, quos commemorat Spec. §. 2. *h. tit.* & Old. *d. loc.*

(*s*) *l.* 9. C. *hoc tit. d. c. fraternitatis. c. tuis*, 39. *c. nuper*, 51. *ext. eod.* Excipiunt Episcopos per *Auth. sed Judex*, C. *de Episc.* sed nihil ejusmodi est in Nov. unde ea *Auth.* descripta est, quæ solemnitatem Jurisjurandi remittit dumtaxat, non jusjurandum. Denique nec jus Can. hanc immunitatem Episcopis tribuit. *d. c. nuper*. nec judiciorum consuetudo. Reub. *par.* 3. *n.* 57. Don. ad *d. l.* 9. *n.* 5.

(*t*) *Arg. l.* 7. §. *si paciscar*, *de pact. l.* 26. *de re jud. l.* 1. §. 1. & ibi Gloss. *de fer.* Textus est in *d. cap. tuis*. Alia ratio est juramenti calumniæ. Vidi Reub. *d. loc. n.* 58. *& seq.* Sich. ad *d. l.* 9. *n.* 3.

(*u*) Hoc testimonium, & juramentum vocant credulitatis. Gloss. in *l.* 1. *in pr. in verb. vel due*, *de vent.*; *insp.* Reub. *d. p.* 3. *n.* 134 Sich. *d. loc. n.* 4. *&* 5.

præsente saltem eo, qui eos producit. Primum testes a Judice interrogandi sunt; non enim testimoniis, sed testibus credere debet, omnemque testationem apud se prolatam, ipsis testibus non productis, nec a se interrogatis, (*x*) rejicere. Cujus rei ratio hæc est, quod præsentia Judicis testem deterrere potest, ne mentiatur. Secundo non conjunctim omnes, sed secreto, & separatim (*y*) singuli interrogari debent, quia ad veritatem investigandam multum interest, sciat-ne alter alterius testimonium, an ignoret. Postremo ad interrogandum Judex accedere non debet, nisi utraque parte præsente, aut saltem ea, quæ testes producit, si altera vocata venire (*z*) contempserit. Quod jus quamquam vetus est, & tralatitium in judiciis apud Romanos omnibus temporibus (*a*) observatum, tamen judiciorum consuetudo repudiat, quæ partim præsentiam non exigit, cum testes interrogantur, & testimonium dicunt, sed cum (*b*) recipiuntur, & jurant dumtaxat. Interest sane adversarii vel tunc adesse, & ad articulos, quorum probatio exigitur, sua interrogatoria exhibere, quo sibi faciliorem testimoniorum refutationem comparet. Sufficit autem vocatum esse, etsi non venerit, nisi justa de causa venire non potuerit (*c*).

Quod autem paulo ante diximus, testes a Judice interrogandos esse, sciendum est, hoc non cuivis Judici permitti, sed ei soli injungi, qui de re cognoscit; optima sane ratione; nam cum judicium, & sententia sit solius Judicis, qui de causa cognoscit, convenit etiam eum solum æstimare, quanta fides testibus habenda. Id quod facere non potest, nisi ipse præsentes testes interroget; ut ex voce, & vultu, unde trepidatio, aut præsidentia cognoscitur, deprehendat, verum, an falsum dicant; ex oratione, ex tempore respondeant, an præmeditatum de tota re sermonem adferant, quæ omnia diligenter a Judice sunt (*d*) examinanda. Plane si testes jam ante in legitimo aliquo judicio a Judice, cujus de ea re cognitio erat, interrogati testimonium dixerunt, idque in acta relatum est, & causa deinde ad superiorem Judicem ex appellatione pervenerit, in hoc judicio placet testimoniis credi sine nova testium productione, aut (*e*) inquisitione; idque sive a Judice interrogati sint, sive ab arbitro; sed si ab arbitro, non aliter, quam si vel testes mortui sint, vel adversarius denuo interrogari non (*f*) postulet. Potest autem Judex etiam testium interrogationem in causa pecuniaria interdum aliis mandare, sed nonnisi duabus ex causis. Prima est, si testes sint ex eorum numero, qui ipsi venire non coguntur, ad quos domum mitti oportet (*g*) ad interrogandum. Secunda, si testes degant in alia Provincia, quo casu quid heri debeat supra docuimus. Quod si testes neque a suo Judice, cujus de re jurisdictio est, neque mandante eo ab alio interrogati sint, nunquam soli testationi fidem haberi (*h*) oportet. In mores tamen abiit interrogatio testium ad futurum examen, cum metuitur, ne morte testium testimonia intercidant; quod & jure Canonico comprobatum est (*i*).

CAPUT XXXVI.

De probationibus indirectis, ubi & de præsumptionibus.

TAntum de specie probationis, quam directam appellavimus, nempe cum id, quod probare volumus, instrumentis, aut testimoniis continetur. Est & alia species probationis, quam obliquam vocavimus, cum id, quod doceri volumus, instrumentis quidem ipsis, aut testibus directe non probatur, sed ex iis argumentando colligitur. In omni enim genere probationis semper aliquid aut testibus, aut fide instrumentorum probari (*k*) debet. Obliquæ probationis genera duo sunt: necessaria, & non necessaria. Necessaria est, quæ nititur argumentis, aut indi-

(*x*) *l. 3. h. tit.* Atque hoc ipsum arguit *l. solam, Cod. eod.* quam vulgo quidem accipiunt de depositione testis rationem sui dicti non reddentis, ut notavi *sup. cap. 52.* sed tamen non minus recte huc eam refert Don.

(*y*) *l. nullum, 14. C. eod. c. venerabili, 52.* Gloss. in *c. 2. in verb. audire, &c. ext. eod.* idque exemplo Danielis, quod sequutus est in causa Susannæ. Damhoud. *prax. civ. c. 170. in pr.*

(*z*) *l. 27. §. quæstioni, de adult. l. pen. Cod. hoc tit. l. 18. C. de fid. instr. Nov. de test. cap. ult. cap. in primis, 2. q. 1. c. 2. h. tit.*

(*a*) Ut ostendunt rhetorum hac de re præcepta cum apud alios, tum apud Quintil. *lib. 5. cap. de testib.* adde Bud. in *annotat. poster. fol. 13.*

(*b*) Juxta Gloss. & DD. in *d. l. nullum, Cod. hoc tit.* Quos in errorem traxit *Auth. at qui semel, Cod. de prob. Nov. h. tit. c. 4.* Vide Don. ad *d. l. pen. n. 17. & seq.*

(*c*) *d. l. pen. Auth. sed & si quis, C. hoc tit.* Reuh. *p. 3. n. 61. & seq.*

(*d*) *d. c. 3. §. 1. & seq. hoc tit. l. de minore, 10. §. plurimum, de quæst.*

(*e*) Id quod bene cautum est in *cap. veniens, 2. ext. hoc tit.* sumptum ex jure civili Nov. de *testib. cap. 4.* ubi idem paulo obscurius constitutum.

(*f*) *l. ult. C. hoc tit.* Casus formari potest in specie ex *cap. præsentata, 50. ext. eod.*

(*g*) Quales sunt personæ egregiæ. *l. 15. de jurejur.* Episcopi. Nov. 123. *c. 7.* & alii. *cap. si qui testium, ext. hoc tit.* Vide *sup. c. præc.*

(*h*) *l. 3. ff. l. sola, 4. C. h. tit. l. 3. §. 5. de carb. edict.*

(*i*) *Cap. significavit, ext. hoc tit.* Felin. & alii in *cap. quoniam frequenter, ut lit. non contest.* adde Gail. 1. *obser.* 92. Mynf. 4. *obser.* 71. Pet. Greg. 48. *synt.* 13. *num.* 40. Old. *hoc tr. cap. quo tempore producendi sint testes.* Damhoud. *prax. civ. cap.* 162. in primis autem Farinac. *q.* 76. *de testib.*

(*k*) Isidorus in *cap. forus, ext. de verb. sign.* Duar. in *prior. com. ad hunc tit. cap. 2.*

diciis, quibus necessario ex instrumentis, aut testimoniis id, quod intendimus, colligitur; veluti si ex eo, quod mater libera fuit, cum partus edebatur, colligatur filiam ingenuam esse; ex eo, quod quis mortuus sit, eum natum fuisse; ex eo, quod quis Kalendis Januarii Romæ fuit, eodem die non fuisse Parisiis; atque in hujusmodi collectione antecedens testibus, aut instrumentis (*l*) probetur. Hæc autem signa, atque argumenta cum certa sint, & indubitata, valere debet hoc genus probationis ad condemnationem non tantum in causa pecuniaria, sed etiam in (*m*) criminali. Obliqua, & non necessaria probatio est, cum ex instrumentis, aut testimoniis id, quod dicimus aliqua ratione colligitur, sed non naturali, aut necessaria. Hujus duæ item species, seu potius gradus; aut enim nititur ratione probabili, & valde verisimili conjectura, aut levi aliqua tantum suspicione; unde nec eadem utriusque vis, ut mox dicetur. Prioris generis (*n*) exempla sunt: aliquis testamento quinquaginta legavit, idem scriptum est codicillis, legatum duplicare voluisse creditur; item ab instituto centum legata sunt, a substituto nihil; quæ ab instituto relicta sunt, voluntate testatoris videntur repetita a substituto. Talia sunt, si quis ex redditione cautionis colligat remissionem debiti; ex chirographo cancellato liberationem, ex eo, quod quis sibi cavit, etiam hæredibus suis cavisse; ex eo, quod quis solvit, debitum fuisse, & alia generis (*o*) ejusdem. Posterioris speciei (*p*) exempla sunt, si quis ex pignore reddito colligat remissionem pecuniæ debitæ, ex fuga tacitam confessionem admissi; ex ingenuitate patris ingenuitatem filiæ; ex comparatione literarum manuum ejus, qui dicitur scripsisse, & alia ejusdem notæ.

Ex hujusmodi probationibus, maxime ex probabiliore illa, & magis verisimili, nascuntur, quas nostri (*q*) præsumptiones vocant. Est enim nihil aliud præsumptio, quam opinio ex (*r*) probabili ratiocinatione concepta. Eam vulgo sic dividunt, ut dicam aliam esse præsumptionem juris, (*s*) aliam hominis. Præsumptio juris est, quæ non tantum ratione nititur, sed etiam juris auctoritate. Hanc iterum duplicem faciunt, unam juris, & de jure; alteram juris dumtaxat. Præsumptio juris, & de jure dicitur, cum lex ipsa præsumit, & simul disponit; quæ præsumptio, si modo præsumptio, ac non potius juris quædam (*t*) constitutio dicenda sit, est firmissima, ac vix contrariam admittit (*u*) probationem. Exemplum hoc esto: Hæres non confecto inventario hæreditatem adiit, deinde cum a creditoribus testamentariis legata petuntur, quartam Falcidiæ, aut id, quod ei deest, deducere postulat, quod dicat hæreditatem legatis exhaustam esse, aut supra modum oneratam; hic cum lex ipsa sic ratiocinetur, an colligat, quasi hæres malitiose in rebus hæreditariis versatus quasdam earum interverterit, ideoque in solidum eum obligari (*x*) velit, dicemus hanc præsumptionem esse juris, & de jure, ideoque hæredem contrarium probare volentem non esse audiendum. Plura id genus exempla, præsertim in jure Canonico passim (*y*) occurrunt. Præsumptio juris tantum est, cum lex quidem ipsa ratiocinando, & concludendo præsumit, sed præsumit tantum, non etiam disponit, cujus hæc jure civili vis, & effectus, ut habeatur pro ple-

(*l*) Duar. *d. loc. c.* 4. *&* *in poster. com. eod. c.* 3. Don. ad *l.* 10. *& l. ult.* C. *eod.* Huc pertinent indicia, quæ ab Arist. 1. *rethor.* & Quintil. 5. *instit. orator.* 9. dicuntur *τεκμήρια*.

(*m*) *d. l. ult.* C. *hoc tit.* & ibi Don. Duar. *dd. loc.* Jo. Old. *tr. de probat.* C. *quid sit probatio*. Farin. *q.* 86. *num.* 51. *& seq.*

(*n*) Quorum unum est in *l. quinquaginta*, *hoc tit.* alterum in *l. licet Imper.* 74. *de legat.* 1. sequentia quatuor reperies ordine in his locis: primum in *l.* 2. §. 1. *de pact.* secundum in *leg. si chirographum*, 24. *hoc tit.* tertium in *l.* 9. *eod.* quartum in *l. cum de indebito*, 25. *eodem*.

(*o*) Plura hujusgeneris exempla suppeditabit tibi passim Menoch. in *lib. de præsumpt.* præsertim *lib.* 6. item Duar. *dd. loc.* Farin. Mascard. Gabriel. locis ab Althus. citatis *lib.* 3. *cap.* 28. *n.* 21. *& du. seqq.*

(*p*) Quæ vide in *l.* 3. *de pact.* *Authen. si vero*, *Cod. ut omn. jud. tam civ. quam mil.* *l. natales*, Cod. *hoc tit.* Nov. 73. *cap.* 8. *&* 9. *unde Auth. et si contractus*, *Cod. de fid. instr.* adde Duar. *dd. loc.* Don. in *d. l. natales*, *& in d. Auth. at si contractus*. Sichard. in *l. comparationes*, C. *de fid. instr. circa fin.* & allegatos ab Althus. *dict. loc.*

(*q*) Quæ quam variis verbis, & appellationibus a J. C. denotentur, vid. Menoch. 1. *præs.* 10. *& præs.* 7. *num.* 32. Mascard. 1. *concl.* 1223. *num.* 39. Farin. *q.* 32. *num.* 160. *& seqq.* Ex veteribus J. C. etiam Labeo scripsit libros *πιθανῶν*, idest, verisimilium. *l. ant. de verb. signif.*

(*r*) Nam quæ nascitur ex argumentis necessariis præsumptio non est, nec in usu juris ita vocatur, sed nec ipsa præsumptio revera est probatio, sed effectum ejus, aut consequens.

(*s*) VVesemb. *par. hoc tit. num.* 14. Sichar. ad *l.* 16. *Cod. eod. num.* 8. Menoch. 1. *præsumpt.* 2. Ubi recensitis, & confutatis variis præsumptionis divisionibus, tandem hanc ut veriorem, & communem comprobat circa fin.

(*t*) Nomen enim præsumptionis non alio respectu sibi defendere potest, quam quod ratio legis absolute considerata necessario non concludit, ut recte notat Bachov. in *Treutl. disp.* 4. *th.* 10. *lit. A*.

(*u*) Atque hac de causa præsumptionem hanc DD. violentam appellant; sane quia præsumptio, licet urgentissima, est infra veritatem, ideo eam tollit, & contra eam admittitur confessio partis. Sichard. in *dict. l.* 16. *Cod. eod. tit. num.* 10. *in fin.* Menoch. & Mascard. *dd. loc.*

(*x*) *Nov.* 1. *cap.* 2. §. 2. ubi diserte ratio hæc exprimitur, quod hæres præsumitur malignatus, in *pr. ejusd. cap.*

(*y*) Huc pertinent *l.* 23. 6. *ad S. C. Vell.* *l. ult. Cod. arb. tut.* *l. si quis*, 34. C. *de adult.* *cap. is qui*, 30. *de sponsal.* 6. *de cond. appos. cap.* 12. *de præsumpt.* *& sim.* Adi DD. paulo ante citatos.

plena probatione, nisi contrarium apertioribus argumentis (z) doceatur, eoque pertinent exempla primæ speciei non necessariæ probationis. Præsumptio hominis est, quæ ex altera specie non necessariæ probationis nascitur; nempe ex judiciis infirmioribus, & tenui suspicione, quæ nisi aliis adminiculis adjuvetur, sola, & per se ad plenam fidem faciendam non sufficit, etiamsi contrarium non (a) doceatur. Dicitur autem præsumptio hominis, non juris, quia etsi exempla ejus leges nobis suggerunt, eam tamen non approbant, aut confirmant; sed tota posita est in arbitrio, & potestate Judicis, ut ipse æstimet, & sequatur, quod maxime sibi credibile videtur (b).

CAPUT XXXVII.

De plena, & semiplena probatione.

QUia non omnes probationum species duobus illis, quæ exposuimus generibus subjectæ, parem vim in judiciis habent, sicuti ex iis, quæ de his dicta sunt, apparet; inde nata est, & usu forensi, cui nonnihil in hac præsertim parte tribuendum, recepta probationis in plenam, & semiplenam (c) divisio. Plena probatio dicitur, quæ sola, & per se eam fidem facit, quæ ad definiendam controversiam sufficiat. Quales sunt in primis eæ, quæ contrariam probationem non admittunt; ut in directis probationibus monumenta (d) publica, item evidentia facti, quam inspectionem ocularem (e) vocant, cujus usus est, cum in aliis rebus quamplurimis, tum maxime in causa finium regundorum, damni infecti, novi operis nunciatione, ædibus ruinosis, impensis factis, & aliis similibus (f) causis. Ac ne quis putet hoc genus probationis a nobis in divisione esse prætermissum, non incommode sub ea, quæ testibus fit, comprehendi potest; cum ii, quos Judex in rem præsentem mittit, aut cum eo, & partibus veniunt, testium vice fungantur. In indirectis probationibus sunt tum eæ, quæ nituntur indiciis, & argumentis (g) necessariis; tum quæ probabilibus tantum, sed quæ præterea auctoritate juris, & legislatoris dispositione (h) confirmantur. Sed & illæ quoque plenæ probationes dicendæ sunt, quæ quamvis contrariis refelli possint, tamen ad causam obtinendam sufficiunt, nisi contrarium probetur; cujus generis sunt, ex directis testes duo, aut plures omni exceptione majores; item reliqua instrumenta, tum forensia tabellionum, tum etiam privata, quæ adversus proferentem semper, interdum etiam adversus eum, contra quem proferuntur, fidem facere supra dictum est. In obliquis reliqua argumenta probabilia, unde nascuntur præsumptiones juris dumtaxat (i).

Semiplena, seu potius imperfecta probatio est, quæ aliquam quidem fidem Judici facit, sed non tantam, ut sola eum movere possit ad sententiam secundum eum, qui nihil amplius præstitit, ferendam, licet contrarium ab adversario non (k) ostendatur. Hujus probationis species sunt: testis unicus, scriptura privata, comparatio literarum, fuga adversarii, confessio extrajudicialis, fama, & si quæ sunt alia, quæ qualem præsumptionem inducunt; neque enim laborandum est in eo, ut ad certas species hoc genus probationis (l) revocemus. Quamvis autem singula hæc infirma sint, & exigua per se, multum tamen plura coacervata proficiunt. Finge proferri chirographum, quod is, adversus quem profertur, a se scriptum neget, eumque esse hominem vilem, & contemptum, cum is, qui profert, sit vir gravis, & spectatæ fidei, accedere testem unum integræ existimationis, qui pecuniam, quæ ex chirographo petitur numerari viderit, negantem etiam comparatione literarum, aut confessione extrajudiciali convinci. Fin-

---

(y) *l.* 9. *d.* 24. *l.* 25. *hoc tit.* Sichard. ad *dict. l.* 16. *n.* 9. VVesemb. *d. n.* 14. Menoch. 1. *præs.* 32. *n.* 2. *&* 33. *n.* 2. Mascard. 1. 405. *num.* 2. Gail. 2. *obser.* 138. Mynf. 5. *obs.* 68.

(a) *l.* 5. *& seq.* C. *hoc tit. l. indicia*, C. *de rei vind. l. absentem*, ff. *de pæn. cum simil.lib.* VVesemb. *d. n.* 14. Sichard. ad *d. l.* 16. *num.* 7. *&* 8. Farinac. *lib.* 1. *q.* 37. *n.* 160. *& seqq.*

(b) Menoch. *lib.* 1. *præs.* 5. *n.* 8. Sufficit tamen quandoque ad jurisjurandi delationem in supplementum probationis DD. in *l. admonendi*, *de jurejur.* Bald. in *rubr.* C. *de fid. instr. n.* 7. VVesemb. *d. l. n.* 7.

(c) VVesemb. *d. loc. n.* 4. Sichard. ad *rubr.* C. *hoc tit. n.* 4. Gloss. & DD. in *l. admonendi*, *de jurejur.* Nec obstat, quod genus in hac divisione non æque competat utrique speciei; est enim probatio ex eorum generum numero, quæ homonyma, sive πρὸς ἓν & appellant Dialectici.

(d) *l. hac sacratissima*, 30. *& l. seq.* C. *de donat. l.* 15. ff. *hoc tit.* Jas. in *d. l. admonendi*, *paulo post pr.* VVes. *d. loc.*

(e) Eo quod res probanda oculis subjicitur. *l. si irruptione*, §. *ad officium*, *fin. reg.* Estque hæc optima, firmissima, & clarissima probatio, ceterisque omnibus potentior. Mascar. *lib.* 1. *q.* 8. *n.* 7. *& seqq.*

(f) Vide omnino Althus. *lib.* 3. *Dialog. c.* 28. *n.* 35. ubi fere summam collegit eorum, in quibus hoc probationis genus adhiberi solet.

(g) *l. ult.* Cod. *hoc tit.* Exempla aliquot protulimus *cap. proxime præced.*

(h) Nimirum unde nascuntur præsumptiones, quæ vulgo dicuntur juris, & de jure. *d. cap. præced. lit.* V.

(i) Errat igitur Treutl. *disp. de prob. th.* 2. *lit.* C. qui hujusmodi probationes pro semiplenis habet; nam etsi non sint omnino liquidæ, & omni exceptione majores, tamen quia ad condemnationem sufficiant, nisi contrarium doceatur, ex eo evincitur, semiplenas non esse.

(k) DD. in *d. l. admonendi*, *& in c. fin. ext. de jurejur.* Sich. in *rubr.* C. *hoc tit. n.* 5. VVesemb. *d. n.* 4. Jo. Old. *hoc tr. de semiplena probat.*

(l) Vulgo quatuor species hujus probationis enumerant: scripturam privatam, testem unum, fugam, & famam; de quibus, & earum vi Old. *d. loc.* & præter alios DD. late Jas. in *d. l. admonendi.*

Finge produci testem unum, sed omni exceptione majorem, eaque, quæ dicit, consentiente fama, aliisve veritatis indiciis confirmari. Hæc, & similia, cum valere non possint, quia magna sunt, valere utique debent, quia multa sunt, ut quod ponderi deest, numero (m) suppleant. Nec tamen hic quidquam certo definimus, aut Judici præscribimus; sed totam hanc rem religioni, & arbitrio ejus ita committimus, ut ipse ex animi sui sententia æstimet, quid credat, aut parum probatum (n) opinetur. Et quia Judicem multa movere possunt, ut in hanc, vel illam partem animum inclinet, nec tamen sententiam ferri jure possit, quia ad justam probationem, & plenum assensum aliquid desit, ideo res sic transigi solet, ut Judex exacto in supplementum probationis jurejurando, secundum eum judicet, (o) qui juraverit. Quod tamen non temere, nec passim, aut cum res aliter probari potest, faciendum; neque enim prudens Judex, unico teste, verbi causa, producto, illico jusjurandum producenti deferet, quamvis adversus testem nihil excipi possit; sed multa alia prius ponderare debet; quanti momenti sit res, de qua agitur, cujus fidei, & auctoritatis persona actoris; num ei quoque res certo comperta sit; id ne quod dicitur, aliis conjecturis juvetur, an ob contrarias suspectum videri debeat; denique omnes rei circumstantias lynceis, ut ita dicam, oculis (p) pervidere, qua de re etiam monemus supra cap. XIX.

De sententiis, & re judicata.

CAPUT XXXVIII.

Judicandi munus esse publicum, & necessarium; tum de tempore litibus finiendis præstituto.

MAgnum iter emensi sumus, ad vadimonium venimus, judicium suscepimus, causa disceptata, & cognita est; unum superest, ut Judex, qui de re cognovit, judicet, seu sententiam ferat; quod quidem in ordine judiciario postremum est, in officio autem Judicis secundum, & idem (q) summum. In eo tergemina occurrit quæstio: una de judicandi necessitate; altera de notione vocis, seu quid Judici verbo judicandi injungatur; tertia qualem sententiam, & quo ritu adhibito ferre debeat. Ad primum quod attinet, judicandi munus † publicum est; ac proinde Judex, qui de re cognovit, de ea quoque pronunciare (r) cogitur, nisi habeat excusationem, quæ eum exoneret, exemplo aliorum munerum. Causæ autem hujus excusationis partim generales sunt, partim hujus muneris propriæ. Generales sunt eæ omnes, ob quas quis ab aliis quoque muneribus excusatur; quarum plerasque lib. I. cap. II. recensuimus. Propriæ, & hujus muneris peculiares sunt quælibet occupationes, non tantum quæ Reipublicæ causa suscipiuntur, sed etiam privatæ, quæ impediant, quominus Judex operam præbere possit ad judicandum, ut omnino, aut sine incommodo rei (s) familiaris; cujus generis excusationes in aliis muneribus non sunt proditæ. Sed est & aliud in hujus muneris excusationibus singulare; nam cum in ceteris id, quod post delatum munus incidit, non tribuat vocationem, tamen in judicandi munere contra (t) est. Plane si Judex post actam causam morbum, aut occupationem temporariam alleget, non debet continuo in alium transferri judicium, sed tolerabilius est interim Judicem, sed qui semel cognoverit, tantisper expectare, quam novo Judici rem judicandam committere; de quibusdam causis dubitatum, an excusationem præbeant. Quid enim si judex salva conscientia judicare non possit? veluti si sciat factum esse, quod intenditur, nec tamen probatur; aut factum non esse, quod tamen probatur factum, sed falsis testibus. Quid si causetur aut inimicitias cum altero, aut cum altero cognationis, amorisve interni vinculum? Sed non est, cur dubitemus has esse causas idoneas, ob quas excusari debeat; non enim flagitium a Judice exigimus, sed religionem, & fidem; nec prohibendus ultro pudori suo consulere, quem litigator ut suspectum non prohibetur rejicere. His autem, quas diximus, causis exceptis, hoc tenebimus, ni-

(m) Et locum habeat illud Ovid. 2. *de remed. Forsitan hæc aliquis (nam sunt quoque) parva vocabit; Sed quæ non prosunt singula, multa juvant.*

(n) *l.* 3. §. 2. *hoc tit.* in quam rem multa præclare tradit Menoch. 1. *præsumpt.* 5. *numer.* 8. *& seqq. &* 2. *arbit. cas.* 85. *&* 112. *&* 270. Farin. *lib.* 1. *q.* 36. *n.* 118. *& seqq.*

(o) *d. l. admonendi*, & ibi DD. idque & usu judiciorum perpetuo ubique receptum esse constat; ut frustra hic diss. Duar. Don. Ant. Fab. quorum sententiam etiam refutavimus *cap.* 19. *hujus lib.*

(p) Ut bene, & salubriter monet Jo. Old. *h. tr. de simpl. prob. in fin.* Vide & in hanc sententiam multa pulchre notata a doctiss. enucleatore Donell. *lib.* 24. *cap.* 19. adde Bachov. in *Treutl. disput. de jurejur. th.* 10. *lit. A.*

(q) *l. de qua re*, 74. *de jud. l.* 15. *in pr. de re jud.* Nam exequutio ab ordine, quo ad eam pervenitur, semper secerni debet, quæ nobis in ratione obtinendi juris nostri est pars tertia, & ultima. *c.* 1. *lib.* 3.

† *l. quippe*, 78. *de jud. l. ult.* §. *judicandi*, 14. *de munerib.*

(r) *d. l. de qua re*, 74. *de jud. l. pen.* §. 2. *de vac. mun.*

(s) *d. l. pen. in pr. l. si longius*, 18. *de jud.* secus est in aliis muneribus. *l.* 3. C. *de exc. mun. lib.* 10.

(t) *Arg. d. l. pen.* §. *ult.* Et si ante causam actam se excuset, semper auditur; sin post, non aliter, quam si impedimentum perpetuum, aut diuturnum. *l.* 18. *l. Judex datus*, 46. *de jud.* quod sequitur est in *d. leg. pen.* §. *ult. de vac. mun.*

nihil esse, cur non cogatur judex judicare. Cogetur autem remediis prætoriis, mulcta indicta, & pignoribus in eam rem (*u*) captis, a Magistratu, qui eum Judicem edidit. Quod si non aperte dicat, se judicare nolle, sed rem protrahat, ad officium Magistratus pertinet tempus ei præstituere, intra quod sententiam ferat, aut hoc Magistratu non faciente, legitimum non (*x*) excedet; quod in criminibus biennium, in re pecuniaria triennium, exceptis causis fiscalibus, & publicarum functionum, quæ intra sex menses a lite contestata peragendæ; atque hoc tempus nec ipse Magistratus excedere (*y*) potest. Quod si intra dictum tempus lis decisa non fuerit, puto finiri instantiam, ac utrumque litigatorem a judicii observatione (*z*) absolvi. Hæc autem parcius attingimus, quia pleraque jam obliteravit usus judiciorum recentior.

CAPUT XXXIX.

Judicare quid sit; quid eo verbo Judici injungatur. Condemnationem fieri debere de eo, quod in judicium deductum est; & quid videatur in judicium venisse.

JUdicare, quod secundo loco quærebatur, Varro dictum vult a jure, & dicendo, ut sit jus dicere de re controversa. Definiamus apertius: Judicare est pronunciare, seu sententiam ferre de re controversa ita, ut ea pronunciatione finis liti (*a*) imponatur. Hinc in genere per se satis liquet, quid judicandi verbo Judici injungatur, nempe ut pronunciando controversiam dirimat. At quo pacto id fiat, nisi explanetur, non ita facile per te intelligas. Sciamus igitur duobus modis, iisque conjecturis contingere, ut finem controversiæ pronunciatione Judicis res accipiat: uno, si reum condemnet, aut absolvat; altero, si eum condemnat, condemnet in certam rem, aut quantitatem. Atque hæc duo ita sententiæ propria, ut sine iis sententia nulla sit, & iis intervenientibus valeat, & res judicata esse (*b*) intelligatur. Primo igitur, ut sententia valeat, necessaria est condemnatio, aut absolutio; ubi duo hæc in summa Judici incumbunt; ut eum damnet, aut absolvat, quem oportet, & æquum est; ut damnet in eam rem, in quam oportet, aut de ea absolvat. De priori aliud jus præcipit, si de re principali, ejusque accessionibus agatur, aliud si de sumptibus litis. Si de re, & accessionibus, non alius condemnari, aut absolvi debet, quam (*c*) reus. Utrum autem fieri debeat, in promptu est, si de jure quæritur; nam cum jus certum sit, & notum Judici esse debeat, ex eo sententiam feret, tametsi id a partibus, aut eorum Advocatis non allegatur, aut (*d*) probatur. Plus difficultatis res habet, si de facto ambigatur; nam cum facta plerumque incerta sint, probationibus eruenda veritas, atque ex iis, quæ probata sunt, æstimandum, utrum reus absolvi, an condemnari debeat; neque enim hic animi sui conscientiam Judex sequi debet, sed rerum probatarum (*e*) fidem. Proinde reum convictum condemnabit, non convictum, etsi nihil ipse præstitit (*f*) absolvet; paucis causis exceptis, in quibus jusjurandum purgationis a reo, alioqui non convicto exigitur; de quo a me dictum est alio (*g*) loco. Enim vero, si Judici certo constet falsa esse, quæ probantur, faciet ex officio viri boni, si a judicando abstineat, & testimonio suo, quantum in se est, partem, cui injuria fit, (*h*) adjuvet. Periculosum autem est conscientiam secundum scientiam judicandi Judicem instruere; hoc enim qui faciunt, magnam fenestram aperiunt pravis hominibus injuste

(*u*) Quæ remedia indicantur in *leg.* 1. §. *ex hoc rescripto, de ventr. inspic.*

(*x*) *l.* 32. *de judic.* De remediis contra denegatam, aut dilatam justitiam, quæ nunc usum habent, consule Mynf. 2. *obs.* 24. & 74. & 3. 57. & 5. 82. Gail. 1. *obs.* 28. Ant. Fab. C. *suo titul. de appell. def.* 4. Pet. Greg. 2. *de apell. c. ult.*

(*y*) *l.* 13. *in pr.* & §. 1. *C. de jud. l. ult. C. ut intr. cert. temp. crim. qu. term.* At cur in causis criminalibus brevius tempus statuitur, cum tardius ad eas perveniendum sit? ut argumentatur Bodin. 4. *de rep.* 6. vide Cujac. 18. *obs.* 23. Pet. Fab. ad *leg.* 115. §. *ult. de reg. jur.*

(*z*) Per *l.* 5. C. *de legib.* Jure autem Canonico omnis instantia perpetua, *cap. pen. de jud.* nec in ulla totius orbis Christiani curia. *d. l.* 13. C. *de jud.* servari testantur Mynf. 1. *obs.* 51. & 2. *obs.* 48. Gail. 1. *obs.* 141. Vestr. pr. Rom. *lib.* 3. *cap.* 5. Quid differat instantia a lite docet Don. in *l.* 4. C. *de pact. n.* 6. item Nic. Sudor. *lib.* 1. *civ. disp.* & ex eo Treutl. *vol.* 1. *disp.* 12. *th.* 15. *lit.* C.

(*a*) Hac de re dicetur accuratius sub *cap. de auctoritate rei judicatæ*, 55. *infra.*

(*b*) *l.* 3. C. *de sent.* & *interloc. l. pen.* & *ult.* & *tot. tit. Cod. de sen. quæ sin. cert. quant. prof.* junct. *l.* 1. *ff. de re jud.*

(*c*) Paulus in *l.* & *ex diverso*, 35. §. 1. *de rei vind.*

(*d*) *l. un. Cod. ut quæ def. advoc.* facit, quod passim jubentur Judices secundum leges judicare. *pr. Instit. de off. jud.* Nov. 24. *cad.* 1. & 2. Nov. 25. *cap.* 2. & §. *ult. cum simil.b.*

(*e*) *l.* 6. §. 1. *de off. præsc.* Atque hæc sententia, ut receptior, ita & tutior. Covar. 1. *var. resol.* 1. Vestr. *lib.* 3. *cap.* 1. Dom. Soto *lib.* 5. *de just.* & *jur. q.* 4. *art.* 12. Est autem hæc quæstio pulchra quidem, sed de raro contingentibus, cum difficulter contingere possit, ut vera scientia Judicis pugnet cum testimoniis, & instrumentis, quibus nihil objici possit.

(*f*) *l.* 9. C. *de obl.* & *act. l.* 4. C. *de eden.* nec quod deest Advocatis in facto Judex supplebit. *arg. a contrario. d. l. un.* C. *ut quæ des. adv.*

(*g*) *Cap.* 13. *hujus libri.*

(*h*) Minime enim suaserim, ut Judex contra conscientiam judicet; & omnino explodendus est Cyn. qui in *l. un. Cod. ut quæ des. adv.* scribit, etiam in foro poli excusatum esse, qui secundum acta, & probata eum, quem scit esse innocentem, condemnat. Recte etiam fecerit Judex, si rem deferat ad superiorem, qui vel auctoritate sua rem componat, vel differat, donec veritas, quæ filia temporis dicitur, emergat.

injuste gratificandi, cui velint, obtentuque, ac colore scientiæ, aut conscientiæ id ipsum excusandi, aut defendendi (*i*).

De sumptibus litis non idem, quod de re petita, & fructibus servatur; in hos enim non reus solum, sed interdum etiam actor condemnari debet, si nimirum hic illo absoluto vincatur. Nam de eo sic nominatim, & simpliciter cautum est: *Victum victori in expensis quoque* (*k*) *condemnandum.* Sive igitur reus erit, sive actor, qui de re principali victus est, sumptus litis agnoscere cogitur, taxandos jurejurando (*l*) victoris. Neque tamen hoc ita districte accipimus, quasi semper is, qui succumbit in impensas litis condemnari debeat, sed ita si temere, & sine causa litigavit, ut hæc pœna temeritatis adversus improbos litigatores jure constituta intelligatur (*m*).

Alterum, quod hic Judici incumbit, est, ut sententia complectatur rem, de qua reum absolvere, aut in quam victum condemnare debet. Ea autem est, quæ in judicium deducta, idest, judicantis potestati subjecta est. In hanc, inquam, condemnatio fieri debet, non in aliam, ne in (*n*) æstimationem quidem, nisi illud aut necessitas cogat, aut suadeat æquitas. Deducitur res in judicium aut petitione actoris, aut ipso jure. Petitione actoris bifariam: aperte, aut tacite. Aperte id omne, quod verbis intentionis continetur, quod quidem petitori commodum sit, quamvis de eo is, unde petitur, non senserit, præterquam si quid nominatim exceptum, aut si post litem contestatam (*o*) accidit. Non igitur hic spectandum, quid reus existimet a se peti, sed quid verba petitionis significent. Quid si erunt ambigua? Finge Stichum petitum, plures autem eodem nomine esse apud debitorem. Congruit superiori definitioni id accipi, quod petitori (*p*) utilius sit. Tantum excipiuntur duo; id, de quo nominatim actum est, ne in judicium veniret, veluti si hæreditas petatur, excepto fundo Tusculano; idque dubitationem non habet; tum id, quod post judicium acceptum accidit; non enim potest videri in judicium deductum, quod peti non (*q*) potuit; ideoque nova hic interpellatione (*r*) opus est. Hic tamen nobis occurritur, & actiones quædam proferuntur, in quibus videri possit etiam id in judicium venire, quod post litem contestatam evenit. Talis est actio in rem, in qua ita jus est, ut possessor rem petitam restituere debeat, quamvis post litem contestatam eam (*s*) possidere cœperit. Talis est actio de peculio, qua pater tenetur etiam de eo, quod post judicium acceptum in peculium redactum (*t*) est. Talis denique est actio pigneratitia, qua quamvis debitor ante solutionem male agit; si tamen in judicio offerat pecuniam, rem pigneratam, & quod sua interest (*u*) consequitur. Sed nihil in his definitioni nostræ contrarium. Eveniunt quidem illa omnia post litem contestatam, sed in judicium non veniunt idest, non petuntur. Petitur enim res possessa, non possessio, nisi forte per consequentiam petitur id, quod filius debet, non peculium, quamvis sine eo creditori non satisfieret; petitur res pignori data, non pecunia credita, quamvis ea non oblata inutiliter agatur. Tacite in judicium deducuntur, quæ verbis non expressa per consequentiam rei petitæ, & ipsa petita intelliguntur; ut fructus post litem contestatam percepti, & reliquæ accessiones, quas res petita secum (*x*) trahit. Nam quod dictum est, non videri in judicium deductum, quod post judicium acceptum accipit, ad ea quæ principaliter petuntur dumtaxat pertinet, non ad accessiones; quæ rem petitam, ut par-

(*i*) Quare etiam supremus Judex, si coram eo causa ventiletur, rectius fortasse fecerit, si prædictam cautionem adhibeat, quam si contra probata nudam conscientiam sequatur.

(*k*) *l.* 13. §. *sive autem*, 6. *Cod. de jud.* Præter expensas litis etiam cetera damna adversarii in condemnationem veniunt, sed intrinseca tantum, non extrinseca, ut vulgo distinguunt Sichar. ad *l.* 55. C. *de jud. n.* 9. Thesaur. *decis.* 67. Quid si victor propriam causam egit? etiam ne salarii ratio habenda? Vide Mynf. 1. *obs.* 11. Gail. 1. *obs.* 15. *n.* 16. Trentacinq. 2. *pr. res. tit. de postul. res.* 3.

(*l*) *d. l.* 13. §. *sive autem*, Nov. 82. *cap.* 10. Debet autem Judex facta impensarum designatione eas taxare, & super iis juramentum deferre. Jas. in *d.* §. *sive autem*, *col.* 8. Sichar. *ibid. n.* 16. adde Menoch. *lib.* 4. *dist.* [illegible] *sect.* 5. *tit.* 15. *cap.* 1.

(*m*) §. 1. *in fin. Inst. de pœn. tem. litig. l. eum quem*, 79. *de jud.* Quando autem justam litigandi causam partes habere intelligantur, id non tam ex jure scripto, quam ex usu judiciorum petendum. Vide Jas. in *Auth. jubemus*, *C. de jud. n.* 8. *& seq.* Sichar. *ibid. n.* 12. Gail. 1. *obs.* 152. Costal. in *d. l.* 70. *de jud.*

(*n*) *l. ult. C. de f. jure. lib. arg. l.* 18. *ff. comm. div.* Hinc vulgatum illud: Sententia debet respondere petitioni, & conformis esse libello, quod sane acceptum a jure non abhorret. Schneid. in §. *curare*, *Inst. act. n.* 40. Menoch. 1. *arb. q.* 31.

(*o*) *leg. solemus*, 61. junct. *leg. non potest*, 23. *de jud.*

(*p*) Text. expressus in *l. si quis*, 66. *de jud. l. inter stipulantem*, 83. §. 1. *de verb. obl.* & ibi Duar. Nic. Vall. *de reb. dub. tr.* 1. *n.* 18.

(*q*) Non potuit autem peti, quod non debebatur, nec debebatur, quod nondum acciderat, & adhuc in pendenti erat.

(*r*) *d. l. non potest. l. non quemadmodum*, 35. *de jud.* exempl. in *l.* 14. §. *ult. & l. seq. de aq. pl. arc.*

(*s*) *l.* 4. *l.* 18. §. 1. *l. si quo tempore*, 41. *de hær. pet. l. sin autem*, 27. §. 1. *de rei vind. l. quæsitum*, 30. *in pr. de pec.* Vide c. 34. & 36. *lib.* 4.

(*t*) Etiamsi nihil in peculio fuerit, cum primum ageretur. *d. l. quæsitum*.

(*u*) Ut nec hic novo judicio opus sit. *l.* 9. §. *ult. de pign. act.*

(*x*) Venire hæc in judicium, & Judicem de his quoque pronunciare debere, pluribus locis traditum est, quam ut possit de eo dubitari. *l. cum fundus*, 31. *in pr. de re cred. l.* 2. *de usur. l. illud quoque*, 40. *de hær. pet. l. præterea*, 20. *de rei vind.*

partes, & appendices (*y*) sequuntur. Ipso jure in judicium deducuntur sumptus litis; ideoque etsi nulla eorum mentio in lite contestanda facta sit, tamen victus victori in eos, causa cognita, condemnandus est; usque adeo, ut si Judex hanc condemnationem omiserit, rem sui periculi (*z*) faciat, quamquam usu judiciorum ex sententia Bartoli non aliter victus in expensas condemnari solet, quam si petitæ sint (*a*).

CAPUT XL.

Quibus in causis receptum, ut condemnatio fiat in rei petitæ æstimationem, aut in id, quod interest.

Atque hæc quidem etsi judicii ratio exigere videtur, evenit tamen nonnunquam, ut necesse sit, aut æquum, & humanum, condemnationem fieri in æstimationem rei petitæ, aut in id, quod interest. Id quando accidat, & quæ sit æstimandi ratio, videamus. Accidit id & in obligatione dandi aliquando, & in petitione facti plerumque. In obligatione dandi his fere de causis; si res petita culpa debitoris, aut post moram ejus perempta sit, ubi hoc exprimit (*b*) necessitas; si res aliena, quæ petitur, nonnisi immodico (*c*) pretio venalis; si servus legatus petatur, qui sit pater hæredis, aut filius (*d*) naturalis; in judiciis divisoriis familiæ erciscundæ, & communi dividundo, si res commode dividi non possit, & pars, quæ uni adjudicatur, partem alterius superet; item in actione finium regundorum, si necessaria sit (*e*) adjudicatio; postremo, si re post rem judicatam restituta, plus, minusve habiturus sit petitor, quam habiturus fuisset, si statim esset (*f*) restituta, in quibus omnibus suadet æquitas, & humanitas, ut in æstimationem rei, non in rem ipsam condemnatio fiat. Eædem rationes efficiunt, ut in iis actionibus, quibus, ut quid fiat, petitur, condemnatio maxima ex parte fiat in id, quod interest. Petitur ut quid fiat in actionibus in rem, in actione ad exhibendum, item in actione commodati, depositi, & ceteris, quibus ad rem, quæ a nobis profecta est, cujus proprietas a nobis non recessit, restituendam agitur; item in omnibus actionibus, quæ ex obligatione faciendi nascuntur. Si igitur res, de qua restituenda agitur, facto rei interiit, eadem necessitas, quæ supra, cogit condemnationem fieri in id, quod interest. Idem suadet æquitas, si adhuc extet, & restituere non possit, quod eam dolo, aut culpa desierit (*g*) possidere. De faciendi obligationibus non uno in loco pro certo jure traditur, in his evenire, ut si non fiat, quod promissum est, condemnetur reus in pecuniam numeratam, idest, in tantam pecuniam, quanti actoris (*h*) interest.

Æstimandi non una ratio; alias enim res æstimatur a Judice; alias a parte. A Judice æstimatur in facti petitione id, quod interest; item si res facto debitoris post judicium acceptum perierit, præterquam si dolo in bonæ fidei (*i*) judiciis. A parte æstimatio fit in omnibus actionibus, cum res petita periit ante litem contestatam culpa tamen debitoris, in actionibus bonæ fidei, & arbitrariis tunc etiam, cum res contumacia rei non restituitur, aut dolo ejus periit post litem (*k*) contestatam. A Judice semper res æstimatur æstimatione communi; quanti ea est aut tempore rei judicandæ, ut in bonæ fidei judiciis, aut tempore litis contestatæ, ut in actionibus stricti juris, præterquam si quid certo tempore, aut loco dari debuit, quorum in lite æstimanda in primis ratio (*l*) habetur. In eo quoque, quod interest, in petitione facti æstimando novissimum solvendi tempus spectatur, quod & ipsum, si dictum est, quo die fieri deberet, est dies constitutus; si dictum non est, litis

(*y*) Ac proinde etsi nominatim petitæ non sunt, ad Judicis officium tamen pertinent. *d. l.* 2. *de usur. l. ex diverso*, 35. §. 1. *de rei vind. l.* 25. §. 8. *de æd. edict.* Confer Vant. *de null. sent. ex defect. process. n.* 97. Don. ad *d. l.* 31. *de reb. cred. n.* 6.

(*z*) *l. properandum*, §. *sive autem*, C. *de jud.* Nov. 82. *c.* 10. Nic. Valla *de re dub. tr.* 1. *n.* 18. quæ sententia in puncto juris etiam verior videtur. Sichard. in *d.* §. *sive autem*, *n.* 18. post Salic. *ibid.*

(*a*) Posse tamen Judicem ex officio expensas, quamvis petitæ non sint, adjudicare, licet non teneatur, tradit idem Bart. in *d.* §. *sive autem*, & sequuntur Bald. Castrens. Jas. *ibid.* Adi & Gail. 1. *obser.* 153. Mynsing. 4. *obs.* 55. Merul. *lib.* 4. *dist.* 4. *sect.* 4. *tit.* 1. *cap.* 1. Damhoud. *prax. civ. cap.* 108.

(*b*) Nam culpa, vel mora rei facit, ut nihilominus teneatur. *l.* 15. *in fin. l.* 36. §. 1. *de rei vind. l. si servum*, §. 3. *de verb. obl.*

(*c*) *l. si domus*, 71. §. 3. *de leg.* 1. *l.* 14. §. *ult. de leg.* 3. DD. in §. 4. *Inst. de legat.*

(*d*) *d. l. si domus*, §. 3. *vers. aut si servum.*

(*e*) Hæc apud Justinianum in §. *eadem*, & §. *seq. Inst. de off. jud.*

(*f*) Sed ut hic æstimatio in condemnationem veniat, tantum in vino, frumento, & aliis pondere, & mensura constantibus locum habere existimo. *l. ult. de condit. trit. l. vinum, de reb. cred.* & notat Bachov. in *Treutl. disp.* 20. *vol.* 1. *th.* 13. *in pr.* Gothofr. ad *l.* 3. *de reb. cred.*

(*g*) *l. qui restituere*, 68. *de rei vind.* Vide *supra lib.* 3. *c.* 36. *circa fin.*

(*h*) *l. si quis ab alio*, §. *ult. de re judic. l. stipulationes non dividuntur, vers. Celsus, de verb. obl.* Plura scripsimus *lib.* 2. *c.* 35.

(*i*) Et arbitrariis, in quibus in proposito juratur in litem. *l.* 5. *de in lit. jur. d. l. qui restituere.*

(*k*) Et hoc quidem casu rem æstimare etiam ex affectione actori licet, sed illo nonnisi ex vero; quæ distinctio plenius tradita hujus libri *cap.* 23. & *seq.*

(*l*) *l. vinum, de reb. cred. l. ult. de cond. trit. l.* 3. §. *in hac*, *ff. commod.* vide Hot. *illustr. q.* 16. Cujac. ad *l.* 50. *de verb. obl.* & *tr.* 8. *ad Afric. in explicatione.* 37. *mand.* Don. in *d. l. vinum.* Ant. Fab. 16. *conj.* 3. Pac. *cent.* 3. *q.* 72.

litis (*m*) contestatæ. A parte autem æstimatur, quanti res est æstimatione propria, nempe jurejurando in litem; de quo præcipimus hujus libri cap. 22. Admonet autem hic locus, & rerum tractatio postulat, ut quod de dubitationibus, quæ circa quæstionem de eo, quod interest, excutiendis alibi recepimus, hic exsolvamus.

CAPUT XLI.

Quæ sint veterum de eo, quod interest, dubitationes constitutione Justiniani præcisæ.

QUibus in causis accidat, ut Judex reum convictum condemnare debeat in id, quod agentis interest; tum quid id sit, multiplex ne, an unius generis, ex iis, quæ tum cap. præcedenti, tum lib. 2. cap. 35. attingimus, intelligere licet. Quas autem de eo dubitationes veteres consulti movere, quasque Justinianus se præcidere (*n*) profitetur, eas, ut promisimus, hic excutiemus. Tres autem in summa fuisse videntur. Primo, utrum in eo, quod interest, reputando par damni, & lucri ratio habenda. Secundo, an quidquid habere actor potuit, neque habet, sine exceptione æstimandum. Tertio, de modo, & taxatione ejus, quod interest, si rem ipsam excedat. Singulas exequemur, facto initio a postrema, quando ea primo loco a Justiniano posita est.

De modo igitur, & quantitate ejus, quod interest, sive cavet: In casibus certis id, quod interest, dupli quantitatem ne excedat; in incertis totum præstetur, quod interest. Tria hic quærenda: qui dicantur (*o*) casus certi, qui incerti; quod sit hoc duplum in casibus certis, & unde metiendum; quæ hujus juris, & discriminis casuum ratio. Casus certos definit, qui certam habent quantitatem, vel naturam. Certam quantitatem habent, qui certam habent summam (*p*) pecuniæ obligatione comprehensam. Naturam certam habent, qui rem continent, cujus certa sit natura, ac proinde æstimabilem; naturæ enim appellatione hoc loco intelligi non potest substantia contractus a ceteris (*q*) distincta; alioqui nulli non essent casus (*r*) certi. Ex rebus, quæ in obligationem deducuntur, si quantitatem exceperis, supersunt species debitæ, & facta. Species omnes certam habere naturam non est dubitandum. Et sane de eo nemo dubitabit, si una aliqua species designata sit. Sed quid si sub appellatione generis, aut sub disjunctione promissa? Dicemus nihilominus rem certæ naturæ promissam esse: nam etsi nunc nescitur, quid præstaturus sit debitor, atque ideo obligatio incertum continere dicatur; tamen cum præstitum est, & quid, & quanti sit ignorari non potest. Hoc vero ipsum videbitur, quod (*s*) promissum est. Fac ergo usuvenire, ut præter rem præstandum sit id, quod interest, puta quia certo loco dari debuit, neque data est, ita ejus habenda ratio, ut duplum ejus quantitatis, quæ in obligationem venit, non excedat. Ex factis ea in rebus certæ naturæ numerabimus, quibus conventione contrahentium certa æstimatio dicta est, id quod in venditionibus, & locationibus (*t*) accidit. Proinde si venditor, aut locator ob id, quod rem, aut usum ejus non præstant, in id, quod adversarii interest, condemnandi sunt, in eo æstimando duplum dicti pretii, aut mercedis excedi non oportebit, quia certam naturam & hic casus habet. Clarius res elucebit opposito casuum incertorum.

Casus incerti sunt, qui quantitatem continent incertam. Cum autem nulla quantitas incerta esse possit, quæ quidem designetur, nisi quæ designatur sub appellatione ejus, quod interest, apparet eos solos casus esse incertos, in quibus ejus, quod interest, præstatio, petitiove continetur. Esse id, quod interest, incertum, & ex facti circumstantiis ita pendens, ut nihil certi de eo definiri possit, (*u*) manifestum est. Tantum causæ, in quibus id solum in obbligationem venit, quærendæ. Sunt autem ex contractibus, & quasi contractibus omnes, quibus, ut quid fiat, continetur, cujusmodi sunt, præter stipulationes faciendi, obligationes mandati, tutelæ, negotiorum gestorum;

(*m*) *l. si calendis, de re jud.* junct. *l. si insulam, 84. de verb. obl.* & utrobique Don. adde Gloss. in *l. 3. de cond. tritic.*

(*n*) In *l. un.* Cod. *de sent. quæ pro eo, quod interest profer.*

(*o*) Id pro confesso hic sumendum, casus hic appellari causas, seu species actionum, in quibus quæritur vel de dominio, vel de possessione, vel de obligatione; uno verbo controversias omnes, quæ in judicium deducuntur. Ant. Cont. *tr. de eo, quod int. c.* 4.

(*p*) Don. *tr. de eo quod int. cap.* 5. *argum. l. 2. §. ult. qui satisd. cog. l. ult. de præt. stip. & similib.* Nec tamen a quantitate excluserim res alias fungibiles. Molin. *h. tr. n.* 42. Res autem eodem recidit, si sub rebus certæ naturæ comprehendas.

(*q*) Ut certam naturam dicitur habere, contractus emphyteuticus. §. *adeo, Inst. de locat.* idest, certam definitionem, & substantiam, a locatione, & emptione distinctam. *l. 1. C. de jug. emphit.*

(*r*) Ant. Fumæus *hoc tr. cap.* 4. Don. *eod. cap.* 5. Diss. Ant. Cont. *d. loc.*

(*s*) Molin. *d. tr. n.* 43. Don. *d. c.* 5. In quo itidem errat Cont. *d. l.* nam electio debitoris efficere non potest, quominus id, quod interest, certæ naturæ, vel quantitatis objectum habeat, nempe illud, in quo sit tandem obligationis exequutio. Molin. *d. loc.*

(*t*) DD. comm. post Pet. & Bart. in *hac l. un.* Don. *d. cap.* 5. Unde & in venditionibus, & locationibus casus certos esse nominatim dicit constitutio. Subtilem hic agit Molin. *d. tr. n.* 73.

(*u*) *l. quatenus, de rer. jur. l. 6. de vi, & de vi arm. §. ult. de verb. obl. l. ult. de præt. stip.*

ctorum; ex maleficiis ea, ex quibus actio in id, quanti ea res est, de qua agitur, ut fit in lege Aquilia de damno injuria dato; in interdicto unde vi, iis rebus amissis, quæ in fundo erant; in furto, surrepta ea re, quæ certo die sub pœna (*x*) debebetur. In his igitur omnibus tantum, quantum interest, ex constitutione Justiniani (*y*) præstandum. Excepimus ex faciendi obligationibus venditionem, & locationem, propterea quod in his factum ab initio æstimatur, idest, pro re, quæ tradenda est, aut usu rei certum pretium, aut merces constituitur. Ceterum non in omnibus, quæ ex empto, aut conducto præstanda sunt, ad casus certos hi contractus referri possunt. Certum est, æstimatione remota, facta omnia esse incerta. Fingamus ergo non agi de re, quæ, exempli causa, æstimata, & vendita est præstanda, sed de eo, quod venditor præter rem præstare debet, nempe dolum malum abesse (id enim judicio empti naturaliter (*z*) continetur) dubitandum non est, quin hac parte venditio, itemque locatio ad casus incertos referenda sit, cum quanti sit dolum adhibitum non esse, neque ab initio statuatur; neque statui possit, quia ex incerto eventu pendet; veluti si quis sciens tignum, aut vas vitiosum vendiderit (*a*).

In casibus incertis de duplo nulla quæstio esse potest, quia totum, quod præstatur, quantumcumque est, simplum est. In iis, qui certi sunt, duplatur simplum, quod in obligationem deductum est, habita ratione pretii, quod a contrahentibus dictum est, ut ne ultra duplum ejus id, quod interest, (*b*) æstimetur, quamvis res pluris sit, aut minoris. In duplo autem etiam simplum id, quod duplatur, continetur, ut alias fere semper (*c*).

Constituendi hujus ratio, ne pœna plus justo culpam excedat. Creditori autem abunde esse debet, quod altero tanto amplius consequatur, quam ex obligatione præstari (*d*) debuit. Non enim placuit eamdem rationem esse adventitii lucri, & repetitionis. Cur ergo non idem modus casibus incertis præfinitur? Quia in iis dumtaxat casibus duplum intelligi potest, in quibus a principio res alia obligatione continetur, quæ duplari possit. Hoc autem in casibus certis dumtaxat accidit. In certis vero nulla res est, quæ ab eo, quod interest, duplo excedatur, cum nihil aliud, quam id, quod interest, in obligationem veniat.

CAPUT XLII.

Utrum in eo, quod interest, etiam lucri ratio habetur, & num omne id, quod alter consequi potuit, æstimetur.

Ex tribus igitur quæstionibus de eo, quod interest, propositis, eam, quæ est de modo, quem Justinianus huic rei statuit, ὅσιον π, ὅτερον, explicavimus. Supersunt duæ priores, quæ quid sit in eo, quod interest, expedient. Prima est, an in eo, quod interest, æstimando, sicut damni, ita etiam lucri habenda sit ratio. Id vero verbis ipsis constitutionis Justiniani aperte exprimitur, comprobantis sententiam veterum, qui non damnum tantum, sed etiam lucrum æstimandum esse constanter (*e*) tradiderunt, exemplisque earum rerum, quas consequi, & lucrari potuimus, hanc suam sententiam (*f*) illustrarunt. Unde igitur nata hæc dubitatio? Non tam ex eo, quod veteres non unum, idemque hic senserint, quam quod in speciem contraria respondisse videantur; sunt enim loci quidam, in quibus lucrum ab eo, quod interest, diserte removetur. At quodnam lucrum? nempe quod aut circa rem non consistit, quale damnum similiter removetur; aut injustum est, quod merito veteres excepisse nemo negabit. Id vero ita esse quivis intelligere poterit, qui modo causas, quæ in hujus-

(*x*) Vide de his omnibus *l. si quis ab alio*, §. *ult. de re jud. l. si procuratorem*, §. *mandati. ff. mand. l.* 1. *de tut. & rat. distr. l.* 2. *de neg. gest. l. ait lex, ad l. Aquil. l.* 1. §. *non solum, de vi, & de vi arm. l. qui vas*, 48. *in pr. de furt. l. inficiando*, 67. §. 1. *cod.* adde Don. *d. tr. c.* 6. Fume, *c.* 3.

(*y*) An etiam in delictis, quamvis iis certa pœna a lege constituta? affirmant per Tex. expressum in *d. l. inficiando*, §. 1. Alciat. ad *d. l. un.* Don. *d. loc.* Fach. 1. *cont.* 49. ebi vide dissentientes.

(*z*) *l. ea quæ, l. si cum*, 68. *de cont. empt. l.* 6. §. *pen. & ult., de act. empt.*

(*a*) Fac ergo, ædes vitio tigni corruisse, vinum, aliudve tignamen vitio vasis effluxisse; omnia detrimenta, quæ ex ea emptione emptor traxerit, venditor præstare debebit. *l.* 15. *in pr. d. l.* 6. §. *si vas, de act. empt.* Molin. *n.* 5. Dou. *c.* 7. *in fin.* ubi post Ant. Cont. etiam rationem reddit ex *l. cum aurum*, §. *argento, de aur. arg. l.*, cur venditor vitiosi vasis ignorans, & nihil de integritate ejus prædicens teneatur, secus atque in aliis rebus, ad conciliandam *d. l.* 6. §. *si vas*, cum *d. l.* 15. adde *l.* 19. §. 1. *locat.*

(*b*) Idque satis probat *l. cum fundus*, 48. & manifestius *l. si fundo*, 53. *de evict.* idem etiam colligitur ex *l. Titius*, 43. *in fin. cum l. seq. de act. empt.* Fum. *d. tr. cap.* 4. Don. *cap.* 8. Cont. *ibid. circa fin.* Fach. 1. *contr.* 48.

(*c*) Nisi enim expresse, ut dupli, ita separatim & simpli, quod in obligationem venit, actio constituta sit, quod fit in furto, semper in duplo simplum id, quod duplatur, contineri satis arguit §. *ult. Inst. de obl. quæ ex del.*

(*d*) Pœnas enim moderatas statui oportet tam a Judice, quam a lege, ut indicat ipsa constitutio. Quæsitum an etiam ad pœnas conventionales constitutio pertineat. Et non pertinere verius est, per ea, quæ tradunt, Cont. *d. loc.* Don. *c. ult.* quod & Senatum Parisiensem judicasse testatur Rebuff. in *comm. ad h. l. n.* 49. vide Fachin. 1. *contr.* 50. Diss. Molin. 159. *& seqq.*

(*e*) *l.* 2. *in fin. de eo, quod cert. loc. l. si fundus, loc. l. si commissa, rem. nat. hab.*

(*f*) *l. proinde si servum, & l. inde Neratius, ad leg. Aqui. l. in hac*, 28. *de damn. inf. l. si Procurator, rem rat. hab.*

hujusmodi (*g*) locis proponuntur, earumque rationem, quæ ad hypothesim accommodatur, animadvertet.

De altera, an sine exceptione, quod quis habere potuit, æstimandum sit, sic ex veterum item sententia constituit; Damnum, quod re vera inducitur, lucrum, quod re vera abest præstetur. Non est autem dubitandum, quin his verbis Justinianus exprimere voluerit id, quod ex veteribus Paulus (*g*) scripsit; omnem utilitatem in æstimationem venire, quæ circa rem consistit, non venire, quæ extra rem sit. Id hanc habet sententiam, ut non continuo id, quod haberi potuit præstito eo, quod debebatur, quasi absit, æstimari debeat; sed quod ideo abest, quia datum, factumve non est, quod dari, aut fieri debuit. Duo igitur hic requirimus: ut haberi certo potuerit; ut potuerit ex eo solo, quod præstandum erat, non aliunde; ac proinde & duas hinc utilitates removemus: si quid habere ex re petitor potuit, sed ita, ut etiam potuerit non habere; si quid habere potuit certo quidem, sed non minus aliunde, quam ex eo, quod debebatur. Exemplis res plana fiet. Retia piscatorum, quæ capiendorum piscium gratia in flumine posuerant, culpa alicujus fracta sunt, placet dumtaxat retium æstimationem fieri, non piscium, quia incertum fuit, an (*i*) caperentur. Vinum, aut frumentum venditum est, nec traditum; non est æstimandum, quod his rebus traditis emptor forte negotiari potuit, & lucrum facere, quoniam hæc utilitas non ex re, sed propter negotiationem (*k*) percipitur; nempe ex opera, atque industria mercatoris, qui occasione oblata uti voluit. Neque tamen idem putamus esse, ex corpore rei nasci, & circa rem consistere; nam circa rem consistere omnem utilitatem intelligimus, quam res ipsa secum fert, sibique adjunctam habet, licet extrinsecus (*l*) veniat. Ex re non nascuntur mercedes ex operis servi, pensiones ex rebus locatis, pretium ex re vendita; quorum tamen utilitatem maxime circa rem consistere convenit. Servus, qui hæres institutus, venditus, & traditus erat, evictus est, placet etiam ob hæreditatem amissam ex empto agi (*m*) posse; quia hæreditatis utilitas circa rem consistere intelligitur, non quod ex re nascatur, sed quod ejus parandæ causa in ea re, quæ debebatur, fuit. In universum igitur, non quid paretur, & unde veniat, sed unde ejus quærendi causa hic spectandum est.

Sed occurritur nobis ex Ulpiano, qui contra, quam Paulus definivit, etiam ejus utilitatis, quæ rei propria non est, nec circa rem consistit, rationem habendam esse (*n*) tradidit, non in damno solum, sed etiam in lucro; idque in iisdem exemplis, quibus & Paulus utitur. Hæc sic commode conciliari posse videntur, ut dicamus, nunquam eam utilitatem, quæ ex re non est, seu quæ eodem modo aliunde percipi potest æstimandum esse, nisi appareat in contrahendo ejus quoque habitam esse rationem, quod si contingat, conventionem servandam esse. De eo autem casu solo Ulpianum loqui manifestum est; agit enim de pecunia, quæ certo loco promissa alio in loco petitur actione arbitraria, in qua ait hæc in utilitate actoris æstimari, quod actor forte eo loco, quo pecunia dari promissa est, pecuniam debuit sub pœna, aut pignoribus, & ob id, quod pecuniam eo loco non acceperit; pœna commissa est, aut pignora distracta. At quamobrem? nempe quia adjectione loci id actum esse intelligitur; nam cum locus non frustra adjiciatur, apparet creditorem ad eas utilitates, quas eo loco percipere potuit, solutionem (*o*) retulisse. Nec vero sola loci adjectio hoc efficit, sed etiam solutionis in certam personam, aut certum tempus collatio, si creditori expediat, aut ei personæ, quæ adjecta est, eove tempore (*p*) solvi propter ejusdem generis utilitates. Enimvero non omnis utilitas, quæ utique capi potuit, hic æstimabitur; sed ea tantum, ad quam adjectione harum cir-

(*g*) Sunt autem hi loci præcipue duo. *l. Proculus ait*, 26. *de damn. inf. l. si is cui*, 72. §. *ult. de furt.* est & tertius in *l. si sterilis*, 21. §. *cum per venditorem, de act. empt.* sed hic aperte etiam ejusdem generis damnum removet. adde Cont. *hoc tr. c.* 3. *&* 4. Don. *c.* 10. Alc. in *comm. ad hanc l. cap. ult.*

(*h*) In *d. l. si sterilis*, §. *cum per venditorem*, *de act. empt.* vide Cont. *d. c.* 4. Don. *c.* 11. Fum. *c.* 3. Hinc nata DD. distinctio in interesse intrinsecum, & extrinsecum de qua vid. Molin. *n.* 13.

(*i*) *l. quemadmodum*, 23. §. 3. *ad l. Aquil.* quod ad res omnes ejusdem generis transferre licet. Plane si in contractu actum sit, ut incertus, verbi causa, captus piscium æstimetur, is æstimandus est propter conventionem. *l. si jactum*, *de act. empt.* æstimatio autem redigetur ad id, quod consuetum est capi. *argum. l.* 1. *in pr. de usur.* Molin. *n.* 81. *& seqq.* Don. *d. loc.*

(*k*) *d. l. si sterilis*, §. *cum per venditorem.* Aliud autem esse, ex re nasci, aliud propter negotiationem percipere aperte docet Paul. in *l. venditor*, 21. *vers. nam si*, *de hær. vel act. vend.*

(*l*) Exempla præter ea, quæ subjecimus, suppeditantur in *l. proinde*, *& l. seq. ad leg. Aquil. l. in hoc*, 28. *de damn. inf.*

(*m*) *l.* 8. *de evict.* Male itaque Bart. in *hoc l. un. col.* 6. hæreditatem servo relictam, & jussu emptoris aditam ad interesse extrinsecum refert, ut recte notat Fumæus *c.* 3. nisi tale interesse extrinsecum quidem esse, sed nihilominus circa rem consistere, & huc pertinere dicamus.

(*n*) In *l.* 2. §. *ult. de eo quod cert. loc.* quo motus Alciat. contra omnes fere statuit, habendam esse rationem omnis utilitatis, quam actor consequi potuit, etiamsi circa rem non consistat, præterquam in venditione, idque sine distinctione rerum, aut adjectionis loci, aliusve circumstantiæ, quem bene refellit Don. *d. c.* 11.

(*o*) Cont. *hoc tr. c.* 4. *in fin.* Don. *eod. c.* 11. Neque id in pecunia numerata solum locum habet, sed etiam, & vel magis in alia quavis re fungibili; ut recte Don. *d. c.* 11. & Molin. *n.* 97. *& seq.* licet diss. Bart. & cum eo comm. DD.

(*p*) Ut diserte scribit Papin. in *l. liber bomo*, 118. §. *ult. de verb. obl.* ubi vide Don.

circumstantiarum credibile est respexisse (*q*) actorem. Igitur adjectione loci id tantum agi intelligetur, ut eam utilitatem consequatur, quam eodem in loco consequi potuisset, si pecunia ibi soluta fuisset; quod si eo loco nihil interfuit; quamvis si alibi soluta esset pecunia, actor consequutus esset, ne verbi gratia, in pœnam incideret, aut pignora distraherentur, nullam hujus rei rationem duci oportebit. Stipulatus sum decem mihi, aut Titio dari; non omne æstimabitur, quod interfuit mea, sed quod interfuit Titio (*s*) solvi. Temporis adjecti eadem ratio, si temporis utilitas (*s*) intervenerit. Hoc autem genere utilitatis in his causis recepto, consequens fuit, ut non damni solius, sed etiam lucri ratio (*t*) haberetur. Finge stipulatorem pecunia suo loco accepta merces comparare potuisse, tritico accepto negotiari, & lucrum facere; hoc quoque æstimatur. Illud interest, quod in damno persona non distinguitur; stulte enim quæreretur, damno facto, an id fieri potuerit. In lucro autem etiam personæ conditio, & consuetudo spectanda est, ut videri possit voluisse ad eam spem, & cognitionem loci adjectionem referre. Finge mercatorem esse, qui merces eo loco comparare, & negotiari solitus sit (*u*).

CAPUT XLIII.

Nullius momenti esse sententiam, quæ certæ rei, aut quantitatis condemnationem non habet.

NOn est satis ad controversiam dirimendam, ut Judex reum sententia sua absolvat, aut condemnet, sed insuper necesse est, sicut supra diximus, ut cum condemnat, condemnet in certam rem, aut quantitatem, sive quod idem valet, ut certam sententiam (*x*) ferat. Nam cum ex conceptione sententiæ non apparet quid, quantumque præstandum sit, de quo quærebatur, tantum abest, ut tollatur controversia, ut ea etiam augeri possit. Quamobrem merito placuit hujusmodi sententiam ipso jure nullam esse, nec rei judicatæ auctoritate (*y*) censeri. Hæc definitio generalis est, ad omnes omnino actiones pertinens, sive stricti juris sint, sive bonæ fidei, aut arbitrariæ, etiam eas, quibus incerta quantitas petita est. In actionibus bonæ fidei permittitur Judici æstimare, quantum alterum alteri ex bono, & æquo præstare oporteat; in arbitrariis, quemadmodum actori satisfieri. Si quæ tamen hic pro potestate æstimabit, etiam certa hæc eum facere oportet, & sententia sua complecti; utpote quod juris necessitati, non Judicis potestati subjiciatur, qui in omnibus actionibus curare (*z*) debet, ut omnino certam sententiam, quatenus id fieri possit, ferat. Atque hoc adeo verum est, ut etsi incerta quantitas petita sit, puta ex obligatione faciendi id, quod interest, nihilominus certa sententia ferenda sit; ut Judex prius cognoscat, quanti intersit actoris, & quantum id esse cognoverit, tantum sententia sua complectatur, in eamque summam reum (*a*) condemnet. Nec est metuendum, ne hic Judex videatur reum in aliam rem damnare, quam quæ petita (*b*) est; nam quemadmodum scite a veteribus (*c*) dictum est, eum, qui frumentum ex spicis excutit, novam speciem non facere, sed eam, quæ est, detegere; ita & Judex cum certam summam dicit ejus, quod interest, non aliam rem dicit, sed eam, quæ petita est, & quam actor intelligi voluit explicat.

Enimvero hæc ita sunt, si rei natura patiatur, ut certa sententia fieri possit; nam si per rei petitæ naturam non liceat Judici certam sententiam ferre, dubium non est, quin incerta valere (*d*) debeat. Ut autem certam ferre non possit, accidit, cum plures res disjunctim,

(*q*) Idque liquido apparet ex verbis Ulpian. in *d. l.* 2. §. *ult. de eo quod cert. loc.* ubi ex Juliano Labeonis sententiam refert, & probat.

(*r*) Puta ne si illi solutum non esset, pœna, quam promiseram, committeretur. *d. l. liber homo*, §. *ult.* Sicubi autem alias: expedivit mihi pecuniam solvi, ut alii præstarem, id in æstimationem non venit, quia hoc actum non est. Don. *d. c.* 11.

(*s*) *l.* 4. *in pr. de eo quod cert. loc. l. si fundum*, 114. *de verb. obl.*

(*t*) Parem enim esse damni facti, & lucri amissi rationem supra effectum est.

(*u*) *d. l.* 2. §. *ult. de eo quod cert.* loc. Pluribus hæc exequitur Don. *d. cap.* 11. *circa fin. & in d. l.* 2. §. *ult.* quem vide.

(*x*) §. *curare*, *Inst. de act. tit. Cod. de sent. quæ sine cert. quant.*

(*y*) *l. pen. & ult. Cod. d. tit. l. in sententiis*, 59. *de re jud.* vide Schneid. in *d.* §. *curare*, *num.* 22. post Jas. & DD.

(*z*) *d.* §. *curare*, ubi duo omnino DD. ponderant: primo, quod Textus ait, curare debet, quod præceptum est, non simplex admonitio, & ut Gloss. loquitur in *l.* 8. *de off. præs.* necessitatem importat; secundo, quod ait omnimodo, de cujus natura esse notant, importare generalitatem, ut omnem casum complectatur, juxta Gloss. in *l.* 14. §. *quatenus*, *quod met. caus. & in d.* §. *curare*. Mynf. in *d.* §. *curare*, *n.* 3.

(*a*) *d.* §. *curare*, & ibi Gloss. in *verb. vel rei*, quam communiter sequuntur DD. post Bart. in *l. certi condictio*, *de reb. credit. in l. un. Cod. de sent. quæ pro eo, quod int. prof.* quo loco etiam id fieri debere satis aperte præcipitur.

(*b*) Contra quam cautum est. *l. ult. Cod. de fideic. libert.*

(*c*) A Cajo in *l. adeo*, §. *cum quis ex aliena*, *in fin. de acq. rer. dom.* Don. in *d.* §. *curare*, *Inst. de act. n.* 5. Vulgo autem respondent, incertum esse qualitates, quæ non faciunt difformitatem inter libellum, & sententiam. Mynf. in *dict.* §. *curare*, *n.* 4.

(*d*) Vide Gloss. in *d.* §. *curare*, *ib. verb. possibile*. Don. *ibid. n.* 6. Jo. Fab. *n.* 1. Schneid. *n.* 32.

ctim, vel generaliter promissae (e) petuntur; nam cum in his rei petitae praestatio pendeat ex electione debitoris, non potest Judex hanc ei adimere, in unam rem certam eum (f) condemnando. Illud obiter notandum, certitudinem sententiae non ex eo solo metiendam, quod Judex certam rem, aut quantitatem in condemnatione verbis expresserit, sed etiam ex eo, quod se referat ad certum locum, aut tempus, vel ad quantitatem antea determinatam, vel denique ad certum instrumentum; veluti si dicat: Solve quod petitum est, referens se ad certam partem actorum, atque ex actis constet, quid, quantumve petitum sit. Solve, quod illis codicillis continetur, cum codicilli in judicio essent (g) prolati. Sed etsi dixerit: Solve quod debes, nec ad certam partem actorum se retulerit, nihilominus tamen plerique existimant valere sententiam, & ex ea parte actorum, quae probationes continet, certitudinem recipere, quasi ad eas tacite se retulerit, eas approbans pronunciando. Quod si id ex actis probatoriis non appareat, sententiam non valere, tametsi certa quantitas libello (h) comprehensa sit; nam cum jus vetet ex assertione partis sententiam ferri, credibile non esset, Judicem se eo referre † voluisse.

CAPUT XLIV.

Qualem sententiam ferre, & quomodo Judex debeat.

MAle se res habeat, si Judici permittatur, quo velit modo, ita judicare. Itaque refert, qualem sententiam, & quomodo, seu quo ritu dicat; & bene rationem subduxi, unum id adhuc superest, de quo in proposito nobis cognoscendum. In primis illud observare Judex debet, ut ne aliter judicet, quam legibus, aut moribus proditum (i) est. Quod praeceptum ad omnes Judices ex aequo pertinet, sive Magistratum gerant, sive aliter judicent; quamquam sunt, qui id pertinere negant ad summas Praefecturas, aut Supremum (k) Senatum. Quod si jus scriptum cum aequitate pugnare videbitur, potiorem esse placuit aequitatis rationem, nec verba legis praefracte retinenda, sed sententiam, & quod ratio juris scripti dictat, esse (l) amplectendam; nam, ut ait M. (m) Tullius, scriptum sequi calumniatoris est, boni Judicis scriptoris voluntatem, auctoritatemque defendere. Utamur exemplo: Lex est; judicium nullum esse, quod cum minore intercessit sine curatoris auctoritate. Acta est res cum minore, & sententia pro eo lata; si verba legis, idest, jus strictum sequi volumus, sententia non valebit. At hoc non est legis sententia, cui hoc tantum propositum, ne noceat minori, quod cum eo sine curatore gestum (n) est. Ceterum si & ipsa legis verba, & simul mens legislatoris perspicua sint, & tamen a generali illa aequitate, quae communiter in omni lege inesse putatur, dissideant, hic res non a Judice, sed a solo Principe (o) constituetur; cum ejus solius sit mutare legem, cujus & condere. Huc pertinent tot exceptiones, & actiones, tot bonorum possessiones a Praetore contra manifestum jus civile ex aequo, & bono comparatae, in quibus ante jus a Praetoribus constitutum nihil sibi sumere quisquam privatus, aut Judex potuit. Ea, quae de auctoritate communium opinionum hic disputari solent, in medio relinquo. Unum dico; etsi non vile esse debet, quod plures sentiunt, & id

---

(e) Quod & in actione universali, & in fructibus, & expensis petitis, servata taxatione Judicis, admittendum esse notant DD, de quo plene Jo. Fab. ad *dict.* §. *curare*, *num.* 16. Quid in actionibus generalibus, puta, tutelae, pro socio, negotiorum gestorum? Et quia in his res ante sententiam declarandae sunt, etiam certa sententia ferri debet, quod quomodo procedat, docet idem Fab. *d. loc. num.* 13. addit. Gloss. *d. loc.* Idem evenire in judiciis noxalibus; sed comm. reprobatur per *l.* 6. §. 1. *de re jud.*

(f) Excipiunt, nisi reus ante sententiam declaraverit, quam rem dare velit. Mynf. in *d.* §. *curare*, *n.* 16. Schneid. *num.* 28. *& seq.* post Plat. *ibid. num.* 8. & 12. Quod non est probandum: nam promissor in eo voluntatem mutare potest, quoties vult, & quoad quid solverit. Text. express. in *l. qui ex pluribus*, 106. *l. eum qui*, 138. *de verb. obl.* Difficultatem expedit Don. ad *d. l.* 106.

(g) *l.* 5. §. 1. & ibi DD. *l. in sententiis*, 59. *de re jud. l. pen. C. de sent. quae sine cert. q. prof.*

(h) Vide Mynf. in *d.* §. *curare*, *n.* 12. Schneid. *ibid. n.* 24. Mathesilan. *sing.* 141. & qui accuratissime omnium distinguit Pet. Barbos. ad *tit. ff. solut. matr. p.* 3. *rubr. n.* 47. adi & Zas. in *l.* 5. §. 1. *de re jud.*

† Est ergo notandum, nunquam sententiam a libello recipere interpretationem, nisi ad eam expresse habita sit relatio. Pet. Barbos. *d. l. n.* 48.

(i) *Inst. de off. jud. in pr. Auth. jubemus, C. de jud.* Et primo quidem spectare Judices debent jura municipalia, & constitutiones provinciales, tum mores, & consuetudines locorum. Gail. 1. *observ.* 36. *n.* 12. *& seqq.* Quibus si controversia dirimi non possit, ad jus commune, idest, Rom. tamquam ad ἐυμουσίαν confugere solent.

(k) VVesemb. ad *l.* 1. *C. ub. de crim. n.* 1. Damhoud. *pr. crim. c.* 238. *n.* 3. & 4. Justinianus tamen in Nov. 8. *c.* 12. de Praesidibus Provinciarum loquitur, & in Nov. 82. *c.* 13. omnem dubitationem tollit.

(l) *l. placuit*, *Cod. de jud. l. in omnib.* 90. *de reg. jur.*

(m) In *Orat. pro Caecinna*, ubi disputat pro sententia interdicti unde vi, contra scriptum, idest, pro aequitate contra jus strictum, & summum. Confer Bud. in *annot. prior. in pr.*

(n) Generaliter enim, quod pro aliquibus introductum est, id in eorum damnum torqueri non oportet. *l. quod favore*, C. *de legib.*

(o) In quam sententiam accipienda constitutio Constantini in *l.* 1. C. *de leg.* exemp. in *l.* 12. *qui & a qu. man.* vide Bud. *d. loc.* Moll. 1. *semest.* 37. *num.* 6. *& seq.* Ant. Holstein. *tr. de aequit. c.* 9. *& seqq.*

id judicium integrius haberi, quod plurium ſententiis (*p*) comprobatur; non tamen uſque adeo debere, ut aut legem vincat, aut rationem (*q*).

Solemnia, quæ in ritu ſententiæ proferendæ exiguntur, fere hæc ſunt: ut pronuncietur a Judice (*r*) ſedente, eoque ipſo recitante ſententiam, niſi ſit perſona illuſtris, ſententiæ lectionem alii demandare (*ſ*) poteſt; ut recitetur ex (*t*) ſcripto; ut lingua vulgari, & (*u*) uſitata; ut loco publico, & (*x*) conſueto; ut interdiu, nec tamen die (*y*) feriato; denique ut præſentibus litigatoribus, iiſve ſaltem legitime (*z*) evocatis. Primum apud nos non uſquequaque obſervatur, apud quos ſcriba, ſeu graphiarius, præſente tamen Judice, ſententiam recitat. Poſtremum autem plane in deſuetudinem abiit, & more fori noſtri ſufficit partes ſemel ad totam litem citatas eſſe; adeoque in perſona procuratoris ſui præſentes eſſe (*a*) intelliguntur. De eo autem ſic eſt jus commune. Utroque litigatore abſente, quamvis legitime vocato, judicari non poteſt; altero abſente non aliter poteſt, quam ſi legitimis edictis evocatus copiam ſui non (*b*) fecerit, atque hoc ideo forte conſtitutum, quia litigatorum præſentia deterrere Judicem poteſt, ne quid inique præſentibus ipſis ſtatuat. Tria autem ad hoc edicta requiruntur: quæ per intervallum non minus decem dierum proponantur, quibus propoſitis impetratur id, quod appellant (*c*) peremptorium. Poteſt vero hic numerus, re exigente, minui, edictumque peremptorium poſt unum, vel alterum, & nonnunquam ſtatim dari; quod æſtimare oportet eum, qui jus dicit, pro conditione cauſæ, vel perſonæ, vel temporis; & ita ordinem edictorum, vel compendium (*d*) moderari. Sed nec peremptorium ſemper neceſſarium eſt; verum tunc ſolum, cum tres denunciationes, aut non intervenerint, aut intervenerint adverſus abſentem, cui coram denunciatum non (*e*) ſit. Edictorum ordine adverſus reum peracto, ſi quidem is aderit cognitionis die, auditur quidem; ſed prius omnia damna jubetur ſarcire adverſario, quæ ob fruſtrationem ejus (*f*) contigerunt. Si non venerit, citabitur abſens, & ſive reſponderit, ſive non reſponderit, agetur cauſa, & pronunciabitur, non utique ſecundum præſentem; ſed interdum vel abſens, ſi bonam cauſam habeat, (*g*) vincet. Succumbenti autem, ſi per contumaciam defuit, appellationis remedium, aliis paratum, (*h*) denegatur. Quod ſi actor ipſe aberit, cum reus venerit, non cognoſcitur de cauſa, ſed (*i*) circumducitur peremptorium; reuſque ab inſtantia, & obſervatione judicii (*k*) abſolvitur. Ceterum ſi ultro abſentem actorem provocet, & rem cognoſci velit, eadem adverſus actorem ſervantur, quæ adverſus abſentem (*l*) reum. Unum diſcrepat, quod etſi actor vicerit, in expenſas tamen litis reus non damnetur (*m*).

CA-

(*p*) *Clement. 1. verſ. quod etiam, de ſent. excom.* facit *l. ult. de fideic. l. 1. in pr. de off. quæſt. l. 4. de his, qui not. inf. c. ult. diſt.* 20.

(*q*) Per *l. 2. Cod. quæ ſit long. conſ.* Conſule de toto hoc argumento doctiſſ. enucleatorem Don. *lib.* 26. *cap.* 2. *lit. A.*

(*r*) Nov. 82. *c.* 3. *cap. fin. de re jud. in* 6. Rol. a Valle 1. *conſ.* 41. *n.* 14.

(*ſ*) *l.* 2. C. *de ſent. ex peric. rec.* Spec. *de ſent.* §. *ſequitur, in pr.* Marant. *eod. n.* 96.

(*t*) *d. tit.* Cod. *de ſent. ex per. recit.* ibique Bart. & DD.

(*u*) Vide DD. in *l. 48. de re jud. & in l.* 12. C. *de ſen. & interloc.*

(*x*) *l.* 6. *Cod. d. tit. l. pen. de juſt. & jur. l. 59. de jud.*

(*y*) *l. 4. c. quom. & qu. jud.* Noctu non poſſe ſententiam ferri obtinuit ex *l. 2.* §. *31. de orig. jur. c. conſuluit, de off. deleg.* niſi conſenſus partium accedat. Menoch. 1. *arb. q.* 61. Vant. *de null. ex def. juriſd. ord. n.* 132. Marant. *hoc tit. n.* 92.

(*z*) *l. 47. de re jud. dict. tit.* C. *quom. & qu. jud.* & ibi DD.

(*a*) Vide de tota hac re Meruſ. *lib.* 4. *diſt.* 4. *ſect.* 5. *tit.* 2. *cap.* 1. adde Gail. 1. *obſ.* 109. *n.* 1. *& ſeqq.* Mynſ. 3. *obſ.* 71.

(*b*) *l. 7. & du. ll. ſeqq. Cod. quom. & qu*[illegible] *l. ſi Prætor,* 75. *ff. de jud.* Notandum autem eſt, [illegible] quæ hic propoſuimus de ſententia adverſus abſentem, licet citatum, ferenda, nonniſi poſt lit. conteſt. locum habere, nam deficiente ea, aliis remediis opus, de quibus *ſupra cap.* 3.

(*c*) Vide *l. 68. & aliquot ſeqq. ff. de jud. l.* 53. §. 1. *de re jud.*

(*d*) *l. 72. de jud.* Exiſtimat Bachov. in *Treutl. vol.* 1. *diſp.* 12. *th.* 15. etiam ſimplicem citationem ſufficere, ubi partes ſatis auditæ ſunt, & in cauſa concluſum, per *l.* 2. C. *quom. & quand. jud.*

(*e*) *d. l. 2. & leg.* 9. C. *tit. d. leg.* 53. §. 1. *de re jud.*

(*f*) Hoc enim conſtitutum eſt adverſus omnes, qui in quavis parte judicii juſſi adeſſe primo contempſerunt, deinde apparent. *l.* 15. C. *de jud.*

(*g*) *l. 73. ff. de jud. l.* 1. C. *quom. & quan. jud.* Hinc recte DD. vulgo, ob ſolam contumaciam, actore non probante, reum cauſa non cadere. Menoch. *arbit. caſ.* 280. *n.* 4. Gail. 1. *obſ.* 60. *n.* 8.

(*h*) *l. 73.* §. *ult. l. 75. de jud. l. 1. l. 4. in fin. Cod. quor. app. non recip.* quod & notamus *infra c.* 53.

(*i*) *d. l.* 73. §. 1. ideſt, deletur, ac oblitteratur, ſeu perinde habetur, ac ſi impetratum non eſſet. De pœna actoris contumacis vide quoque Damhoud. *pr. civ. c.* 77. Mynſ. 4. *obſ.* 65.

(*k*) Si id poſtulet. *d. l.* 73. §. 2. *l.* 13. §. *& ſiquidem,* C. *de jud.* Non autem ab ipſa cauſa, nam de integro litigari poteſt.

(*l*) Et pariter actor ita victus reo abſoluto non appellat. *d. l.* 13. §. 2.

(*m*) Ut eſt conſtitutum a Juſtin. in *d. l.* 13. §. 2.

CAPUT XLV.

De auctoritate rei judicatæ. Quid sit res judicata; quid item sententia, & interloquutio.

Omnem juris nostri consequendi rationem ad tria summa capita initio revocavimus: quorum in primo quæratur de iis, quos adire de jure nostro oporteat; in altero de ordine, & via, quibus eo perveniatur; in tertio, de remediis, quibus in exequutione rerum judicatarum urgeantur nec obedientes rei. Ad duo illa priora pertinent ea omnia, quæ hactenus a nobis exposita sunt; solum restat postremum, de quo cum dixero, cognita esse poterit universa juris nostri in primo judicio obtinendi ratio. Igitur cum nihil agat sententia, nisi ei pareatur, restabat in persequutione juris nostri, ut adversus non parentes statueretur (*n*) rei judicatæ auctoritas. Qua constituta, hæc de ea quæri cœperunt; an res semel judicata ita rata sit, ut Judici non liceat sententiam suam rescindere, aut mutare; an rata sit inter omnes, si fortasse alii de eadem re experiantur; an omni sententiæ sine exceptione parendum; si parendum, & adversarius recuset, quæ sit ratio, qua sententia mandetur exequutioni; quando exequutio peti, aut actione judicati condemnatus conveniri possit. Hæc exequutio an pariter adversus omnes, omnibusque in causis usurpetur, quibus ad extremum subjiciemus de confessis in jure, quando & ipsos pro judicatis haberi placet.

Sed prius, quam hæc examino, non abs re fore videtur, si quid sit res judicata, quid item sententia, & interloquutio Judicis paucis definiamus, ut si qua sit inter hæc differentia, cujus usus esse possit, ea his cognitis facilius percipiatur. Res judicata est, definitore Modestino, quæ finem controversiarum pronunciatione Judicis (*o*) accepit. Sententia autem est ipsa Judicis pronunciatio, qua hic finis liti imponitur, ut hoc tantum inter hæc duo intersit, quod res judicata causam, & litem, quæ finita est, sententia autem id, quod eam finivit (*p*), significet. Quod tamen non est perpetuum. Non enim semper res judicata accipitur de re de qua judicatum est, ut verbis (*q*) edicti serviens Modestinus accepit: sed sæpe etiam de eo, quod judicatum, ut cum dicimus, rei judicatæ standum esse, rem judicatam rescindi non posse, & similia in quibus manifestum est, rem judicatam nihil aliud significare, quam ipsam Judicis sententiam. Plerique tamen etiam hic inter rem judicatam, & sententiam hoc interesse volunt, quod res judicata proprie dicatur, cum ab eo, quod pronunciatum est, appellari non potest; sententia etiam tunc, cum (*r*) potest. Sed minus recte meo quidem judicio, cum ne appellari quidem posset, nisi res esset (*ſ*) Judicata; nec hoc a qualitate sententiæ pendeat, sed a conditione Judicis. Nihil ad rem facit, quod controversia non possit dici finita, quamdiu appellari potest; sufficit enim finitam esse mente, & proposito judicantis, atque in eo judicio, quo agebatur. Cum igitur (*t*) Pontifex dicit, sententiam, a qua post spatium decem dierum appellatum non est, transire in auctoritatem rei judicatæ, rem judicatam in potentiori significatu per antonomasiam accipere intelligendus est.

Interloqui dicitur Judex, cum aliquid pronunciat, quod ad præparandam causam magis, & promovendam pertinet, quam ad (*u*) terminandam; cujusmodi sunt, cum Judex jubet, ut litigatores adsint, producuntur testes, instrumenta proferantur. Interdicta quoque causam plerumque præparant. Quapropter si cum de proprietate ageretur, inciderit quæstio de possessione, & pronunciatum sit litis ordinandæ gratia, erit (*x*) interloquutio. Item pronunciatio, quæ post sententiam fit in exequutione, ut si Magistra-

(*n*) A qua provocatum non est. *l.* 1. C. *l.* 32. *ff. hoc tit. de re jud.* Hinc auctoritas rerum judicatarum, ut vocatur in *l.* 20. C. *de transact. l. pen.* C. *h. tit. l.* 65. §. 2. *ff. ad S. C. Treb.*

(*o*) *l.* 1. *hoc tit.* Controversiarum autem dixit in plurali numero, quia si plures in una lite, aut judicio erunt controversiæ, ut evenit in universalibus, & generalibus judiciis, de omnibus pronunciari debet, atque in eo hæc regula tenenda: in uno, eodemque judicio non posse rem judicatam in partem valere, in partem non valere. *l.* 27. *fam. erc.* facit *l.* 19. §. 1. *de rec. arb.* vide tamen Cujac. 23. *obſ.* 1. Vant. *de null. sent. ex def. proc. n.* 100. In appellationis autem judicio sententia prior partim confirmari, partim infirmari potest. *l. quædam mulier*, 41. *fam. erc.* Cujac. *d. loc.*

(*p*) Duar. ad *l.* 1. *h. tit.* Donell. *ibid.* Cic. 2. *de invent.* adde Monach. *pract. p.* 15. *c.* 1. *n.* 3. Robert. 1. *sent.* 23.

(*q*) Sic enim verba edicti fuerunt: Si res, de qua agitur, judicata esse dicetur: hoc est res ipsa, quæ in judicium venit.

(*r*) Coras. ad *l.* 25. *de stat. hom.* Pet. Fab. ad *l.* 107. *de reg. jur.* Gœd. in *Clem. un. de sequestr. n.* 790. Zas. ad *l.* 1. *hoc tit.*

(*ſ*) *l.* 6. & *l.* 14. C. *de app.* statimque post sententiam rem judicatam dici probatur. *l.* 7. & *l.* 21. *ff.* & *l.* 32. C. *de transact.* consentit Duar. ad *d. l.* 1. & comm. DD. teste Vasq. 2. *contr. usu. freq.* 35. *n.* 2.

(*t*) In *c. quod ad consultationem*, *hoc tit.* Eo autem modo J. C. nostros loquutos non esse, & loquutionem esse parum accuratam notat Bachov. in *Treut. vol.* 2. *disp.* 23. *th.* 1.

(*u*) *l.* 19. §. 1. *de rec. arb.* Interloqui enim dicitur Judex, dum sententia fuerit dicta, vel exequutio facta; sicut interdictum plerique dici existimant, quasi interim dictum. Duar. ad *d. l.* 1.

(*x*) *l. exitus*, 35. *de acqu. poss.* Sane si principaliter de possessione actum sit, ut hodie fit, & Judex pronunciaverit, non video, cur res judicata dici non debeat; quoniam terminatum est id, de quo principaliter agebatur. Duar. *d. loc.*

ſtratus jubeat pignora capi, & venire, recte interloquutio (*y*) dicitur. Denique tot ſunt interloquutionis formæ, quot occaſiones (*z*) interloquendi. Ex quo apparet interloquutionem Judicis ſententiam non (*a*) eſſe; certe non eam, quæ per excellentiam nominis ſic appellatur, & pro re judicata habetur. Et vero pronunciatio Judicis, ac proinde ſententia circa eam partem, de qua ſtatuit. Unde vulgo interpretes duplicem ſententiam faciunt: unam, quæ principale negotium decidit, quam vocant definitivam; alteram interloquutoriam, quæ dum principalis cauſa diſceptatur, ſuper aliquo incidenti, vel emergenti (*b*) profertur. Non omnium vero interloquutoriarum eadem vis, atque effectus; quædam enim vim definitivæ (*c*) habent, quædam non habent, quas appellant ſimplices. Vim definitivæ habere dicuntur, quæ præjudicium afferunt negotio principali, quod his fere notis deprehenditur: ſi caput aliquod oblique tangant, & definiant, quod ad litem principalem (*d*) ſpectat; ſi poſt interloquutoriam fruſtra alia ſententia (*e*) expectetur; ſi poſtquam interloquutus eſt Judex, officium ejus ceſſare (*f*) cœperit; poſtremo quando interloquendo jubet aliquid dari, vel (*g*) fieri. Simplices ſunt, quæ principali negotio non (*h*) obſunt, qualia fere ſunt exempla, quæ paulo ante retulimus.

CAPUT XLVI.

Sententiam reſcindi non poſſe.

PRogrediamur nunc ad explicationem propoſitarum quæſtionum. Prima eſt, an ſententia reſcindi, aut revocari poſſit ab eo, qui eam tulit. Loquimur de ſententia, quæ jure valeat; nam quæ non valet, ne ſententia quidem dicenda eſt; ac proinde nihil prohibet, quominus tamquam re integra de eadem cauſa apud eumdem Prætorem agatur, & is cauſa cognita, quod faciendum videbitur (*i*) ſtatuat. De eo igitur ſic jus eſt: neminem neque Judicem privatum, neque Prætorem, aut præſidem ſententiam ſuam revocare, reſcindere, aut mutare (*k*) poſſe, nec ſi perperam (*l*) judicavit, ſontem abſolvit, inſontem condemnavit; quamvis enim illum condemnari, hunc abſolvi ad vigorem publicæ diſciplinæ pertinet; tamen juſta hæc cauſa mutandæ ſententiæ viſa non eſt; ſed Princeps adeundus, qui pœnam vel augebit, vel minuet, vel in totum tollet, ut res poſtulare (*m*) videbitur. Hujus autem juris duplex ratio eſt: una, quod ſententia lata Judex eſſe (*n*) deſinit; altera, quod ſententiam tulit cauſa cognita; quæ res facit, ut ſuſpectum videri debeat quidquid poſtea ſtatuerit. Non modo autem ſententiam mutare non poteſt, ſed nec ſententiæ quidquam adjicere, niſi quæ ad conſequentiam jam ſtatutorum pertinent, eodem die (*o*) ſuppleat, cujusmodi ſunt acceſſiones rei principalis, & litis expenſæ; quia hæc vi, & poteſtate prioris ſententiæ quodammodo (*p*) continetur. Sed nec acta judicii poſtquam negotium terminatum eſt, circumducere licet, quamvis nondum finito judicio ex conſenſu litigatorum id fieri (*q*) poſſit. Verba autem actorum emendare, tenore ſententiæ manente, prohibitum non (*r*) eſt.

Longe alia ratio eſt eorum, quæ juſſit, vetuitve Prætor non ſententiam ferens, veluti cave-

(*y*) *l. a Divo*, §. 2. *ff. h. t.* & ibi Zaſ. Duar. Don. & comm. DD.

(*z*) Felin. in *rubr. h. tit.* Bart. in *l. quod juſſit*, *eod.* Pet. Greg. *Syntag.* 50. *c.* 1. *n.* 4.

(*a*) Ac proinde in *ff. & C. hoc tit.* diſtinguitur a ſententia interloquutio. Pet. Greg. & Duar. *dd. loc.* quare nec ex interloquutione judicati actio naſcitur. Mar. *h. t. de ſen. n.* 22. Nec Statuta diſponente de ſententia abſolute interloquutio continetur. DD vulg. & Marant. *d. tit. n.* 52.

(*b*) Gloſſ. in *Clem.* 1. *in verb. diffinitiva*, *de ſeq. poſſ. & fruct.* Damhoud. *pr. civ. cap.* 216. Vide porro de interloquutoriis, Menoch. *adipiſc. poſſ. rem.* 4. *n.* 802. *& ſeqq. & retin. poſſ. rem.* 3. 839. *& ſeqq.* Marant. *p.* 6. *tit. de ſent. n.* 2. *& ſeqq.* Mynſ. 3. *obſ.* 88. Gail. 1. *obſ.* 129. *& du. ſeqq.* Merul. *lib.* 4. *diſt.* 4. *tit.* 5. *cap.* 1. *&* 2.

(*c*) Quæ & ideo revocari non poſſunt, ut comm. DD. in *d. l. quod juſſit*, *hoc tit.* & dicemus *c. ſeq.*

(*d*) *Arg. l. intra*, 39. *in pr. de min.* & ibi Bart. *n.* 1. Marant. *d. p.* 6. *tit. de ſent. n.* 42. *cum. ſeqq.* Zaſ. in *d. l. quod juſſit*, *h. tit.* Felin. ad *rubr. h. tit. n.* 3. *& ſeq.*

(*e*) Ut in abſolutione ab obſervatione judicii. Angel. in *l.* 1. *C. ſent. reſc. non poſſ.*

(*f*) Per *l.* 19. *in fin. de rec. arb.* Bart. in *d. l. quod juſſit*. vel ſi declaret ſe eſſe incompetentem. *c. ſignificantibus*, *de off. deleg.* Pet. Greg. *d. loc. n.* 6.

(*g*) Marant. *d. loc.* Gail. 1. *obſ.* 130. Merul. *d. cap.* 1. *n.* 7.

(*h*) Vide Ferrar. in *form. ſent. interl. ſuper incom. jud.* §. *nos Bernardinus*, *n.* 12.

(*i*) *l. in ſententiis*, 59. §. *ult. ff. de re jud. l.* 1. *Cod. de ſent. l.* 6. *C. quom. & quan. jud.* Judicem autem datum denuo pronunciare non poſſe exiſtimo. *l.* 4. *C. quom. & qu. jud.* & ibi Matheſilan. *n.* 6. *&* 7. Duar. ad *dict. l. quod juſſit*.

(*k*) *d. l. quod juſſit*, *l. Paulus*, 42. *eod. l. Divi*, 27. *in pr. de pœn. l.* 1. §. *ult. de quæſt. leg.* 1. *C. ſent. reſc. non poſſ.*

(*l*) *l. judex*, 55. *l. cum quærebatur*, 62. *de re jud.*

(*m*) *d. l.* 27. §. 1. *de pœn. d. l.* 1. §. *ult. de quæſt. l. acta*, 45. §. 1. *de re jud.* Quando Princeps poſſit revocare ſententiam, quæ in rem judicatam tranſiit, vide Cravet. *de antiq. temp. p.* 1. *in pr. n.* 31.

(*n*) *d. l. judex*, 55. *de re jud. l. qualem*, 19. *in fin. de rec. arbit.*

(*o*) *l. Paulus*, 42. *de re jud.* Sunt qui revocari quoque ſententiam in continenti poſſe ſtatuunt. Tiraquel. *de retract. lignag.* §. 1. Gloſſ. 5. *n.* 17. Jan. *lib.* 2. *de vitat. real. cap.* 1. *n.* 87.

(*p*) *Arg. l. & ex diverſo*, §. 1. *de rei vind. l. properandum*, §. *ſive autem*, 5. *C. de jud.* Don. ad *d. l.* 42. *in fin.* Receptum quoque eſt, ut Judex, qui condemnavit ad expenſas, poſtea quandocumque poſſit eas taxare, quod non eſt contrarium *d. l.* 42.

(*q*) *l. acta*, 45. *in pr. de re jud.* ubi tamen recte Gothof. notat, etiam poſt ſententiam latam acta cancellari poſſe, ſi expreſſe partes a ſententia, & deciſione recedant; alioqui intereſſe ob vitandas rixas, & bonum Judicis conſervandum.

(*r*) *l. actorum*, 46. *eod.* De interpretatione ambiguorum verborum ſententiæ vide Concenat. *lib.* 1. *q.* 3.

caveri damni infecti, novum opus nunciari. Hæc enim quamdiu adhuc res integra est, contrario imperio mutare, aut remittere (*s*) potest; ideo potest, quia cum hæc statuantur ad jus futurum postulantis conservandum, æquissimum est ea tolli, si ad eam rem vel non esse satis, vel jam non necessaria videbuntur. Quod in decreto Prætoris extra judicium jus est, idem est & in Judicis (*t*) interloquutione, cum is in judicio jubet ea, quæ ad causam melius cognoscendam, aut citius transigendam pertinent; nam & hic utilitas exigit, ut si quid statuerit, quod postea comperiat aut ad rem non pertinere, aut progressum litis impedire, id ex usu litigatorum mutare, aut corrigere (*u*) possit. In iis vero, quæ lite ordinata pronunciantur finiendæ controversiæ causa, idem admittere exemplo (*x*) perniciosum esset. Quapropter nec interloquutoria, quæ vim definitivæ habet (*y*), recte revocabitur.

CAPUT XLVII.

Res inter alios judicatas aliis non præjudicare.

SÆpe hæ sententiæ inculcantur: rebus judicatis standum esse; res judicatas nullo prætextu instaurari posse; post rem judicatam nihil amplius quæri. Hinc quæsitum, an hæc sine distinctione accipienda sint eorum, inter quos de eadem re postea agetur; quæ quæstio secundo loco a nobis est proposita. Et quod in ceteris rebus inter alios actis natura servari est æquissimum, id etiam hic nominatim constitutum est. Res inter alios judicatas aliis præjudicare non (*z*) debere, cui sententiæ non solum locus est, cum inter alios similis, & ejusdem generis controversia movetur, ubi dici potest, non exemplis, sed (*a*) legibus judicandum esse; verum etiam tunc, cum de eadem re alius cum eodem experitur; veluti si fundum a te petiero, quem Titius postea ad se pertinere dicat; nam quamvis contra me pronunciatum sit, nullum tamen Titius præjudicium (*b*) patitur. Non excipimus ab hac regula actionem popularem, aut publicam accusationem; nam quod alius agens, aut accusans hic non audiatur, ideo fit, quia eadem persona esse videtur, nempe populus, cujus quasi cognitores, & procuratores sunt singuli. Sed & unus hujusmodi actionem occupando eam consumit, ut jam nulli alii actio relinquatur, nisi sit, qui privatum dolorem persequatur, cui nocere non debet rei prius judicatæ (*c*) exceptio. Una tantum species est, in qua sententia alteri de eadem re postea agenti nocet, si sit, quod ei imputari possit, cur de ea re actum sit; quod usuvenit, cum de proprietate, aut jure rei ad nos pertinentis scientibus, & patientibus nobis, cum prohibere possemus, sub alterius persona judicatum est; veluti si creditor experiri passus sit, debitorem de proprietate pignoris, aut maritus socerum de re in dotem accepta, aut possessor venditorem de proprietate rei (*d*) emptæ. Hac una specie ob eam, quam dixi, causam excepta, vera est in universum superior sententia: Res inter alios judicatas aliis, quamvis in communi, & pari causa, non nocere, sive ignoraverint, sive sciverint, cum prohibere non possent. Proinde si fundum a te Titius petierit, quem ego quoque, sed non ex persona Titii, ad me pertinere dico, nihil mihi oberit sententia adversus Titium me sciente lata, quia neque ex eo jure, quo Titius victus est, vindico, neque potui Titio interdicere, quominus jure suo (*e*) uteretur.

Ce-

(*s*) *d. l. quod jussit, h. tit. l. 10. de stip. præt. l. si opus, de op. nov. nunc.* Sic si Prætor decrevisset prædia minoris venundari, ipse, vel ejus successor decretum mutare potest. *l. 9. de reb. cor. qui sub tut.* add. Duar. Don. Zas. ad *d. l. quod jussit*.

(*t*) Idem enim de Judice dicendum, quod de arbitro expressum est in *l. 19. in fin. de rec. arb.* cum utilitas exigat, ut hæc correctio, & mutatio Judici permittatur. DD. comm. in *d. l. 14.* Quoties mutari, aut revocari possit interloquutio, definitum non est; ideoque Judicis arbitrio relinquendum ita, ut nimia variatio, aut inconstantia vitetur. Idem dicendum de tempore, intra quod mutari possit; nam quæ in sola æquitate consistunt, in universum definiri non possunt. *l. 14. de div. & temp. præs.*

(*u*) Diss. Vaud. *lib.* 1. *q.* 49. Treutl. *vol.* 2. *disp.* 23. *th.* 1. qui idcirco interloquutionem regulariter revocari posse negant, quia fit causa cognita. Sed falsum est omnem interloquutionem, causa cognita, fieri; & quæ causa cognita facta est, etiam causa cognita, si utilitas postulabit, revocabitur. Zas. ad *d. l. 14. n.* 39. Bachov. in *Treutl. d. loc.*

(*x*) Sed & Judex, qui semel sententiam dixit, Judex esse definit; quia semel seu bene, seu male officio suo functus est. *l. judex, 55. hoc tit. d. l. 19. §. dicere, de rec. arb.* quæ ratio cessat in interloquutione.

(*y*) Ita Gloss. in *cap. fin. ext. de elect. in 6.* Gail. 1. *obser.* 130. *num.* 5. Zas. in *dict. l. 14. num.* 28. & DD. comm.

(*z*) *l. sæpe, pen. hoc t. de re jud. tit. Cod. quib. res jud. non noc. & tit. res inter al. act.*

(*a*) *l. nemo, 13. C. de sent. interloc.* Excipitur tamen sententia summi Principis, quæ etiam ad similes casus trahitur, quod Princeps ita judicando omnibus iisdem casibus hanc legem dicere voluisse creditur. *§. sed & quod. Inst. de jur. nat. gent.* ibi cognoscens decrevit Zas. in *l. cum prolatum, hoc tit. n.* 3.

(*b*) *d. l. pen.* Quid si Princeps hic sententiam tulerit? adhuc dicendum alteri non nocere; nam ipsa naturalis ratio dictat, iniquum esse, ut quisquam facto alieno oneretur. *l. non debet, 72. de reg. jur.*

(*c*) *l. 3. §. pen. de hom. lib. exhib. l. 7. §. 2. de accus.* junct. *l. 1. in fin. de pop. act.* Don. ad *d. l. pen.*

(*d*) *d. l. pen.* quæ est celeberrima, & difficillima totius hujus tractatus. Vide in eam Zas. Duar. Don. adde Cujac. 12. *obs.* 25. Covar. *pr. q.* 13. *n.* 7. Bachov. in *Treutl. p.* 2. *disp.* 23. *th.* 5. *lit.* E. ubi de sententia, & lectione *d. l. pen.* prolixe disputat.

(*e*) Ratio hæc, & exemplum propositum desumptum est ex Marco in *d. l. pen. in fin.*

Ceterum monendi sumus, regulam hanc tunc solum locum habere, cum de eadem re principaliter iterum agitur. Quod, si non agatur de re principali, sed de accessionibus, iisque, quæ rem prius judicatam sequuntur, & inde solum pendent, sententia inter (*f*) legitimos contradictores de re principali lata necessitate quadam consequentia nocebit omnibus, qui de hujusmodi accessionibus quandoque acturi sunt. Agitur, verbi gratia inter hæredem scriptum, & legitimum de jure testamenti, pronunciatur non valere, consequens est cum testamento una everti legata, quæ ex testamento solum (*g*) valent. Hæc igitur res efficit, ut legatariis postea agentibus res judicata noceat. Sic in causa status sufficit pronunciatum esse legitimo contradictore præsente, ut valeat sententia inter omnes in iis, quæ is status secum affert, & inde (*h*) pendent. Quod hodie observandum in quæstione de nobilitate.

CAPUT XLVIII.

An omni sententiæ sine exceptione parendum.

Constituta rei judicatæ auctoritate, saltem inter eos, inter quos res judicata est, quæri cœpit, an hæc auctoritas perpetua inter eos esse debeat, sive quod idem est, an omni sententiæ sine exceptione ii, inter quos lata est, parere cogantur. Illud quidem constat, judicati vim habere non posse eam sententiam, quæ jure non valet, cujus generis sunt, quæ a non competente Judice (*i*) latæ; quæ latæ contra leges, constitutionesve Principum, aut bonos (*k*) mores; quæ manifestum errorem calculi (*l*) continet; quæ causa non cognita, aut non publice, & palam; ac more majorum, aut non præsentibus iis, inter quos res agitur, dicta est (*m*); quæ ex scripto recitata non (*n*) est; quæ absolutionem, aut condemnationem non continet, aut sine certa quantitate (*o*) prolata est. Sed quid si horum nihil objici possit, & tamen sententia injusta sit? Quid si dolo malo victoris extorta? Quid si nova instrumenta reperta? Quid denique, si plures numero Judices in sententia dicenda dissentiant? De his sic statui debet.

Sententia Judicis, quamvis injusta sit, valet; & rei judicatæ standum est, si appellatum non erit, aut non intra tempora ad appellandum (*p*) constituta; usque adeo, ut nec rescriptum Principis contra sententiam (*q*) recipiatur. Verum hoc ita est, si nihil aliud proponatur, quam sententiam in hypothesi injustam esse; quia de jure litigatorum Judex pronuncians eum condemnavit, quem absolvere debebat; aut contra. Exempli gratia: actor viginti nomine usurarum petit; reus negat usuras usurarum a se peti posse ex constitutionibus: Judex reum in eam quantitatem, quæ petita est, condemnat, existimans constitutiones eas nihil ad rem facere; quamvis Judex id imperite, & injuste faciat, rei tamen judicatæ standum esse, nisi provocatum fuerit, (*r*) responsum est. Diversa causa est, si pronunciasset usuras usurarum peti posse; tunc enim una cum reo constitutiones ipsas condemnaret, qualis sententia cum non solum ἄδικος sit, sed etiam παράνομος de lege ipsa, & contra eam aperte lata ipso jure (*s*) nulla est.

Quod si dolo, & machinatione adversariorum sententia extorta sit, hæc quidem per se non est vitiosa; sed victo exceptione doli mali, aut replicatione succurritur. Id vero his modis contingit: si Judex pecunia corruptus sit, ut sententiam (*t*) ferret; si malis artibus reli-

(*f*) Legitimi contradictores dicuntur, ad quos res, de qua agitur, principaliter pertinet suo nomine, aut certe pertineret, si tales essent, quales se esse intendant. *l.* 3. *de colluſ. deteg.* ut in quæstione de testamento justi contradictores sunt hæredes scripti, & legitimi.

(*g*) *l.* 8. §. *pen. de inoff.* cui non obstat *l.* 1. *de exc. rei jud.* quia legatarius in quæstione de testamento non est legitimus contradictor, quippe ad quem testamentum principaliter non pertinet; sed principaliter agit de legato, ex cujus vi testamentum non pendet. Don. ad *d. l. pen.* & *ad l.* 2. C. *de fid. instr.* Pac. 3. *enant.* q. 31.

(*h*) *l.* 1. §. *ult. de lib. agn. arg. l.* 3. *in pr. de agn. l.* 3. *de coll. deteg.* eoque pertinere arbitror, quod dicitur in *l. ingenuum*, 25. *de stat. hom.* sententiam pro veritate haberi; nempe cum de ingenuo sententia lata est, nec collusio intervenit. *l.* 4. *de colluſ. deteg.* & de his agitur, quæ inde pendent. *arg. d. l.* 1. & 2. *de agn. lib.* Don. d. loc. Duar. *ibid. prælect.* 42.

(*i*) *l. ult. de jurisd. l.* 6. §. *quid si*, 10. *de injust. rupt. l.* 1. §. *ult. ad Tertyll.* Gail. 1. *obs.* 42. & *obs.* 113. *n.* 3. late Vant. *tr. de nullit. ex def. jurisd. n.* 4. & *seqq.*

(*k*) *l.* 19. *de appell. l.* 1. §. 2. *quæ sent. sin. appell. l.* 2. C. *quand. prov. non est nec.*

(*l*) *l.* 1. §. 1. *quæ sen. sin. app.* Don. ad *l.* 33. *h. tit. de re jud.* Pac. 7. *enant.* q. 73. Consule de errore calculi. P. Foll. in *add. ad* Marant. p. 6. *memb.* 9. *de except. n.* 68. & *seqq.*

(*m*) *l.* 7. C. *de sent.* & *interl. l.* 4. C. *de re jud.* Don. ad *l.* 4. §. *condemnatum*, *hoc tit.* Vant. *de nullit. sent. ex def. procesſ. n.* 31. & *seqq.*

(*n*) De solemnibus, quæ in ritu sententiæ proferendæ requiruntur, scripsimus quantum satis est *sup. cap.* 44.

(*o*) *l.* 3. C. *de sent.* & *interl. l. pen.* & *ult.* & *tot. t.* C. *de sent. quæ sin. cert. quant. prof.* qua de re accurate disputavimus *supra cap.* 39.

(*p*) *l. præses*, 27. & *l. cum prolatis*, 33. *hoc tit.*

(*q*) *l. ult.* C. *sent. resc.* Don. ad *d. l.* 27. Nec posterior sententia lata contra rem judicatam jure valet. *l.* 1. *qu. prov. non est nec.* C.

(*r*) *d. l.* 27. ubi verba (condemnavit contra leges, & sacras constitutiones) non sunt Judicis pronunciantis, sed J. C. casum referentis, ut recte ibi observant DD.

(*s*) *l.* 19. *de appell. l.* 2. C. *quand. prov. non est nec.* ubi & aliud exemplum habes ad utramque partem hujus distinctionis accommodatum. Adi de tota hac re Vant. *de nullit. ex def. proc. n.* 118. & 122. & *du. seqq.* Zas. Duar. & DD. vulg. in *d. l.* 27. adde Bachov. *par.* 2. *disp.* 23. *th.* 5. *in Treutl.*

(*t*) *l. venales*, C. *quand. prov. non est necess.* De venalibus sententiis, tum Judicibus largitione corruptis, deque muneribus ab iis non accipiendis consule Pollet. 3. *hist. for.* 9. Vasq. 2. *contr. us. freq.* 37. Vant. *de nullit. ex def. procesſ. n.* 163. Langlæ 6. *semestr.* 1.

religio Judicis circumventa; si patrono (*u*) prævaricante judicatum; si ex falsis instrumentis, aut testimoniis, quibus sciens adversarius usus, quorumque fidem Judex (*x*) sequutus sit. Fingamus ergo reum conspiratione actoris oppressum, & condemnatum esse, parata erit ei adversus actionem judicati doli mali exceptio. Fingamus e converso reum dolo, & malis artibus absolutum; objicit scilicet rei judicatæ exceptionem, at hic parata erit agenti doli mali (*y*) replicatio. Ex quibus apparet, non esse argumentum vitiosæ per se, & ipso jure nullius sententiæ, quod ab ea appellari necesse non sit, cum etiam alia ratione, nimirum ea, quam diximus, sententia infirmari possit; sed nec omissum appellationis remedium Judici prodest, qui perperam judicavit: male enim judicando etiam per imprudentiam litem suam (*z*) facit; sed hoc interest, quod qui dolo malo litem suam fecit, in veram litis æstimationem tenetur; qui culpa, & per imperitiam, in tantum, quantum æquum esse judicanti videbitur (*a*).

At quid dicemus, si post rem judicatam demum instrumenta reperta sunt? ut puta, actor ex mutuo decem petiit, cumque probare non posset ea sibi deberi, reus, ut juris ordo postulat, absolutus est; postea reperiuntur mutui tabulæ. Aut e contra, reus dicit se solvisse; cumque id probare non posset, condemnatus est; postea reperit, & profert apocham solutionis. Placet hoc obtentu res judicatas retractari non (*b*) debere, si nullus dolus adversarii arguatur, quo consequutus sit ut secundum (*c*) se judicaretur. Sed hoc in negotiis privatis locum habet; in negotio autem publico, puta fisci, civitatis (*d*), ecclesiæ, permissum est novis instrumentis ex causa uti, non solum si fraus adversarii arguatur, sed etiam si respublica rem salvam aliter habere non (*e*) potest: dummodo intra triennium sententia (*f*) retractetur. Interpretes vulgo etiam in quibusdam causis privatorum retractationem, aut in integrum restitutionem eodem prætextu admittunt. Retractationem in causa legati, & fideicommissi, de quo non (*g*) apparentibus tabulis testamenti judicatum est; exemplo transactionis, & jurisjurandi, quæ per eamdem speciem retractari (*h*) possunt; id quod jure Pontificio etiam obtinet in sententia contra matrimonium (*i*) lata. Restitutionem in integrum ob probabilem causam, quod ex circumstantiis negotii æstimetur. Quid enim si reus sit, qui & alteri successit, omnemque diligentiam in quærendis instrumentis adhibuit? Huic utique vitio verti non potest, quod minus instructus litigaverit (*k*).

In dispari numero judicum, si diversæ sententiæ fuerint, non ponderabimus eas, sed numerabimus, & quod major eorum pars ceteris præsentibus statuerit, vim judicati (*l*) habebit, posthabita personarum dignitate, aut prudentia; quod certamen hic periculose (*m*) introduceretur. Omnes autem adesse volumus, quia omnes judicare jussi sunt; quapropter vel uno absente si ceteri sententiam dixerint, placet nihil (*n*) agi, & fortasse si præsens fuisset,

---

(*u*) De quo, & quod proxime præcedit, cautum in *l.* 1. C. *de advoc.* 1. *l.* 1. *si tut. fals. alleg. exc.*

(*x*) *l.* 2. & 3. C. *si ex fals. instr. l.* 11. ff. *de exc. l.* 4. C. *de fals.* in testimoniis præterea requirit Don. in *l.* 33. *h. tit.* ut testes pecunia corrupti sint; sed verius est, sufficere solam falsitatem. Duar. *ibid.* quod & comm. obtinuit. Trentacinq. 2. *pract. resol. tit. de sent. resol.* 3. *n.* 22.

(*y*) Atque hæc satis probantur per *l.* 19. juncta *leg. seq.* C. *de transact. l.* 1. ff. *de dol. exc. l.* 1. C. *si tut. falsi alleg.*

(*z*) *pr. Inst. de obl. quæ quasi ex del. nasc.* Quid si pars appellaverit quidem, sed appellationem non sit prosequuta? idem adhuc dicendum esse ex Jo. Fab. refert Schneid. ad *pr. n.* 13.

(*a*) *dict. pr.* junct. *l.* 15. *de judic. l. fin.* Cod. *de pen. jud. qui mal. jud.* Schneid. Mynſ. & comm. DD. ad *dict. princ.*

(*b*) *l. Imper.* 35. *hoc tit. de re jud. l.* 4. C. *eod.*

(*c*) Finge igitur adversarium instrumenta, quæ post ea reperta sunt, subtraxisse; hoc factum ei prodesse non debet. *argum. l.* 19. C. *de transf.* Idem dicemus, si ex instrumento reperto prævaricatio arguatur, aut sententiæ nullitas Mynſ. 4. *obs.* 60. *n.* 6.

(*d*) Mynſ. *d. loc. n.* 7. Hoc ad omnes Respublicas municipiorum, Universitates, & Collegia licita pertinere arbitratur; atque in his causis etiam testes novos post sententiam recte produci, *n.* 10.

(*e*) Quod fit, si is, qui nomine Reipublicæ egit, aut omni culpa caret, aut non est solvendo; at si in eo culpa, & solvendo est, ipse potius conveniri debet, quam judicatum rescindi, exemplo minorum, qui adversus rem judicatam non restituuntur, quamdiu a curatoribus rem servare possunt. *l.* 13. §. *ultim.* Cod. *de re jud.*

(*f*) *d. l. Imp. hoc tit.* junct. *l. un.* Cod. *de sent. adv. fisc. lat. lib.* 10.

(*g*) Duar. ad *d. l. Imp.* Coraſ. *S. C. Tholos. cap.* 37 Sfort. Odd. *de restit. in int. q.* 73. *art.* 4. Mediam Fachin sententiam, quæ probatur Treutl. *vol.* 2. *disp.* 23. *th.* 5 examinat Bachov.

(*h*) *l.* 6. *de transact. l. ult.* C. *de reb. cred. & jurejur.* vide *sup. c.* 11. & 17.

(*i*) Et tritissimum est, sententiam contra matrimonium latam non transire in rem judicatam. *cap.* 7. *ext. hoc tit.* vid. Gail. 1. *obs.* 112.

(*k*) Ut merito DD. vulgo ex tam probabili causa restitutionem indulgeant, ex generali clausula edicti: Si qua justa causa. Odd. *de restit. in int. quest.* 72. *art.* 3. Duar. ad *d. l. Imp.* idque usu passim servari scribit Coraſ. *dict. loc.* Diss. Fachin. 1. *contr.* 51. Don. ad *dict. l. Imp.* quorum sententiam defendere conatur Bachov. *dict. loc. lit.* D.

(*l*) *l.* 36. *in fin. l.* 30. *hoc tit.* Cujac. 12. *obser.* 16. Ant. Fab. C. *suo*, *lib.* 1. *tit.* 7. *def.* 2. Zaſ. Duar. Don. ad *d. l.* 36.

(*m*) Hinc & in Collegiis, ac corporibus obtinet, ut suffragiorum numerus vincat, & quod major pars curiæ effecit, pro eo habeatur, ac si omnes egerint. *l.* 19. *ad municip.*

(*n*) *l.* 37. & *d. l.* 39. *hic. l.* 4. Cod. *quand. prov. non est nec.* Zaſ. *ad d. l.* 36. *num.* 7. & *ad dict. l.* 39. *num.* 5. & Don. *ibid.* Sed hoc in Collegiis ordinariorum Judicum, qualia fere hodie habemus, non obtinere satis notum est.

ſet, oratione ſua ceteros traxiſſet in ſuam (o) ſententiam. Inter pares autem numero ſi diſſonæ ſententiæ proferantur, ea obtinebit, quæ humanior eſſe videbitur; qualis eſt, quæ pro libertate, pro teſtamento, pro dote, plerumque autem, quæ pro reo (p) facit. In Judicibus tamen datis expectanda hic eſt confirmatio ejus, qui eos dedit, ſicut plerique tradiderunt, ſequuti diſtinctionem Pontificis (q) Romani; recte ne, an ſecus in medio relinquimus.

CAPUT XLIX.

De effectu, & exequutione rei judicatæ.

REo ſententia Judicis abſoluto ſatis cautum eſt exceptione rei judicatæ, de qua diximus lib. 3. cap. 49. A condemnato exigit Prætor, ut pecuniam debitam ſolvat, ideſt, re ipſa præſtet quod debetur. Hoc autem qui diſtricte exigit, omnem aliam ſatisfactionem, puta fidejuſſorem, expromiſſorem, pignora, invito creditori ad evitandam judicati actionem oblatam repudiat. Noluit enim Prætor obligationes ex obligationibus, lites ex litibus naſci, ut tamen ex magna cauſa expromiſſor idoneus (r) admittatur. Solviſſe autem in hoc edicto accipere debemus non tantum eum, qui pecuniam numeravit, aut rem præſtitit, ſed omnem omnino, qui ea obligatione liberatus eſt, quæ ex cauſa judicati deſcendit, puta novatione, acceptilatione, (ſ) pacto. Quod ſi plures una ſententia in eamdem quantitatem condemnati ſunt, humanius eſt, ut ſinguli pro portione tantum virili conveniri poſſint, qua ſoluta alter ex alterius perſona non teneatur, quamvis in ſolidum antea ut plures rei debuerint. Ideoque Judicis eſt addere, in ſolidum, (t) &c.

Quid vero ſi condemnatus ſolvere recuſet? Hæc enim quæſtio quarto loco a nobis propoſita hujus tractatus præcipua eſt. Prodita nimirum eſt victori, hæredique ejus adverſus victum, ejuſque hæredem in eam rem (u) actio judicati; cujus perſequutio in eo, ut victus aut pecuniam ſolvat, aut a Prætore id facere cogatur, mandante ſententiam exequutioni. Primum an id de actione recte conſtitutum ſit, videndum, deinde quis, quibus remediis, quo ordine ſententiam exequatur. Non ſine juſta ratione placuit, ut etiam re jam judicata victor actione experiri debeat, qua judicatum a condemnato per judicem conſequatur; primo ne a privato vis fiat, unde occaſio majoris (x) tumultus; deinde quia fieri poteſt, ut judicatum non ſit, quod actor judicatum dicit; tum etiam quia reus adverſus exequutionem multis (y) exceptionibus uti poteſt; veluti ſi dicat ſe ſolidum facere non poſſe; non ſervari modum judicati lege, vel ſententia conſtitutum; ſi mandator condemnatus poſtulet mandari ſibi a creditore actiones adverſus eos, qui idem mandaverunt; ſi filiusfam. ex cauſa mutui condemnatus utatur exceptione Senatuſconſulti Macedoniani. De quibus omnibus ſi controverſia erit, neceſſe eſt adire Judicem, qui controverſiam dirimat, cum nemo in ſua cauſa Judex idoneus (z) habeatur. Ne quis autem putet, actione ſolum propoſita, victorem nihil amplius conſequi, quam antea habuit; ſunt hujus actionis multa commoda, quæ vetus actio non habuit; quorum unum, & præcipuum eſt, ut quodammodo paratam habeat exequutionem; nam cum in ea nihil aliud quæratur, quam adjudicatum ſit, hoc, quod non eſt difficile, probato, res ſtatim mandatur (a) exequutioni. Ad hæc actio judicati perpetua eſt, & in hæredem quoque datur; quia rei perſequutionem continere intelligitur, quacumque ex cauſa con-

---

(o) Ratio reddita in *l.* 17. §. *ult. de rec. arb.* Quid ſi unus Judicum datorum deceſſerit? Vid. Duar. ad *d. l.* 39. Forner. 1. *ſelect.* 7.

(p) *l.* 38. *hoc tit. per l.* 1. 125. *q. ap. l.* 85. *de reg. jur. l.* 125. *eod. l.* 47. *de obl. & act. l.* 27. §. 3. *de rec. arb. Cod. ult. hoc tit.* Zaſ. *d. l.* 38. *num.* 2. qui tamen *num.* 3. id ita recte coarctat, niſi ſententia pro parte favorabili lata manifeſto iniqua ſit, per Text. in *l.* 11. *de inoff. teſt.*

(q) *d. cap. ult.* Gloſſ. Jaſ. Zaſ. Duar. & alii DD. in *l.* 28. *eod.* Pac. 7. *enant. q.* 6. Arbitrorum, quia privata conventione conſtituuntur, alia in propoſito ratio. *l.* 17. §. *principaliter, de arb.* Zaſ. ad *d. l.* 28. *num.* 8. Conſule hic præter citatos Theſaur. *deciſ.* 1. Vant. *de nullit. ex def. juriſd. nu.* 175. Gom. ad *l. Tauri*, 38. Cujac. 10. *obſ.* 20. & 12. *obſ.* 16. & *ſeq.* Pet. Fab. ad *l.* 125. *de reg. jur.*

(r) Hæc in *l.* 4. §. 3. *h. t. de re. jud.* Magnam autem cauſam æſtimari volunt ex facultatibus rei, ut ſi ab inope detur idoneus expromiſſor. *arg. l.* 2. & *l.* 31. *eod.* aliter Don. ad *d.* §. 3. quem vide.

(ſ) *d. l.* 4. §. *pen.* Licet enim re vera, & ſpecie aliud ſit ſolutio, aliud acceptilatio, novatio, &c. tamen ſi vim, & poteſtatem ſpectes, omnia ſolutionis vim habent, facit *l. ſolutioni.*, 54. *de ſolut.* Don. ad *d.* §. *pen.*

(t) *l.* 43. *hoc tit. l.* 10. §. *pen. de appell. l.* 1. & 2. C. *ſi plures. un. ſent. cond.* Ad ea, quæ hic objici poſſint, bene reſpondet Duar. ad *d. l.* 43.

(u) *l.* 6. §. *ult. hoc tit.* & civilis eſt ex *l.* 12 *Tab.* deſcendens. Gell. 20. *cap.* 1. Scip. Gent. 1. *de juriſd.* 9. Datur hæc actio & in procuratorem in rem ſuam, & in eum, qui ſe liti alienæ obtulit, in alios alieno nomine, & de re aliena condemnatos non datur. *d. l.* 4. *in pr.* & §. 1. & *ſeq.* ubi hæc latius exequuntur DD.

(x) *l.* 176. *de reg. jur.* Hinc veteres Romani, ut omnia ordine fierent, & a vi quam longiſſime abeſſent, aliam adhuc actionem dari voluerunt, qua poſt juſtos dies elapſos reus iterum in judicium vocaretur. Gell. *d. loc.*

(y) Vid. *l.* 41. §. *ult. h. tit. l.* 5. C. *quor. appell. non rec. l. fidejuſſores*, 41. §. *ult. de fidejuſſ. l.* 12. *de S. C. Mac.* adde Gail. 1. *obſ.* 113. *n.* 5. & ibi citatos.

(z) *l. extat*, 12. §. *quod met. ca.* junct. *l. Julianus*, *de jud.* Don. ad *l.* 6. §. *pen. hoc tit.* Scip. Gentil. 1. *de juriſd.* 9.

(a) Don. *dict. loc.* Bachov. in *Treutl. p.* 2. *diſp.* 21. *th.* 5. *lit.* F. qui ad hoc adducit *l. minor*, 4. *in pr. de min.*

condemnatio facta sit; quippe in qua non origo Judicii spectatur, sed ipsa judicati veluti (*b*) obligatio, quæ ex contractu, aut quasi contractu (nihil enim hoc nunc refert) descendit. Dubitari vero non debet, quin & hic edi actionem adversario oporteat, eumque libello conveniri, sicut in ceteris omnibus jus (*c*) est. Quod si communem Doctorum sententiam sequimur, poterit & omissa judicati actione exequutio peti implorato nobili Judicis officio, quod & receptius est, & magis tutum (*d*) putatur. Sive autem hoc, sive illo modo exequutio petatur, res semper eo redit, ut si condemnatus parere recuset, sententia mandetur exequutioni.

Exequuntur sententiam soli Magistratus, qui aut ipsi judicaverunt, aut Judices (*e*) dederunt, quippe sententiam exequi Jurisdictionis est, & imperii, non nudæ notionis, quam solam Judices dati (*f*) habent. Excipimus Judicem a Principe datum, qui cum & ipse jurisdictionem habeat, & pro ea alium Judicem dare possit, etiam sententiam tum suam, tum Judicis a se dati exequi (*g*) poterit. Quod si is, qui judicavit, aut Judicem dedit, sententiam ipse exequi non possit, eo quod bona judicati in alieno territorio sita sunt, per literas, quas requisitorias, ac mutui compassus vulgo appellant, a Judice illius territorii petet, ut is per suos apparitores sententiam (*h*) exequatur. Si plures sint in eodem territorio Judices, invicem sibi opem ferre tenentur, refragantesque a superiore (*i*) cogendi.

Si in rem certam, aut certum corpus condemnatio facta sit, in eo quoque ipso exequutio fieri (*k*) solet; quod an juri Romano per omnia consentaneum sit, nunc non dispute. Largiamur saltem id publicæ consuetudini. Sin vero judicatum de certa summa pecuniæ; primum res judicati jussu Magistratus per apparitorem pignori capiuntur (*l*); mox captæ (per intervallum tamen duorum mensium) publice sub hasta ab apparitore distrahuntur, ac novissimo licitatori addicuntur, ut ex pretio earum judicatis (*m*) satisfiat. In capiendis autem, & distrahendis rebus hic ordo constitutus: Primum jubentur capi res mobiles, animales; deinde res soli; postremo pervenitur ad nomina, captis chirographis, aut instrumentis (*n*) obligationum. Hunc ordinem si exequutor invertat, appellari ab exequutione posse communiter (*o*) obtinuit. Quod si rerum captarum controversia fiat, quia alius se dominum dicit, res aliæ capi debent, si suppetant; si non suppetunt, de proprietate summatim cognoscetur sine præjudicio (*p*) litigantium. Quod si rem captam alius sibi pignori prius obligatam dicat, nihilominus distrahi ea res poterit, dummodo ita distrahatur, ut dimittatur prior creditor, & quod reliquum est, convertatur in causam (*q*) judicati. Quid si bona emptorem non inveniant? addicentur scilicet creditori ea quantitate, quæ debetur, salvo jure utriusque partis, si forte pluris, aut minoris (*r*) valeant. Quod si creditor pignora in creditum possidere maluerit, atque his esse con-

(*b*) *l. 6. §. ult. hoc tit.* junct. *l. 3. §. idem scribit, de pec.* facit *l. 18. §. 1. vers. proinde, de const. pec.* Duar. ad *d. §. ult.* adhuc, quod proprium est hujus actionis, usuræ centesimæ post tempus judicatis datum currere incipiunt. *l. ult. C. de usur. rei jud. in quibus nova adjudicatione opus est.* Bachov. *d. loc.*

(*c*) Juxta ea, quæ a nobis tradita sunt supra hujus libri *cap.* 2. adde Duar. ad *l. 15. hoc tit. prælect.* 19.

(*d*) Asin. *prax. §. 31. c. 2. n.* Marant. *par. 6. tit. de sent. exeq. n.* 8. Gail. 1. *obs.* 113. Bachov. quoque *d. loc.* existimat, etiam jure veteri in arbitrio Prætoris fuisse, aut Judicem dare, aut si forte res esset satis liquida, exequutorem.

(*e*) *l. 15. in pr. hoc tit.* Quo loco arbitros accipere debemus, non qui ex compromisso sumpti, quorum sententia exequutionem non habuit. *l. 1. C. de arb.* sed Judices bonæ fidei judicio addictos. Duar. Don. ad *d. l.* 15. vide Brisson. in *Lexic.*

(*f*) Vide *c.* 13. *lib.* 3. Is autem, cui mandata est jurisdictio, sententiam suam ipse exequitur. *arg. l. ult. §. 1. de offic. ejus, cui mand.* nec obstat, quod in *d. l.* 15. Magistratuum mentio fit duntaxat; nam is, cui mandata est jurisdictio, mandantis vice fungitur. *l. 3. d. tit.* omniaque facere potest, quæ Magistratus, exceptis iis, quæ specialiter tribuuntur. *l. 1. d. tit.* Duar. *d. loc.* vid. *c. 5. lib.* 3.

(*g*) *Arg. l. 5. C. de jud.* & jure Can. id diserte expressum est *c. pastoralis. c. significasti, de off. deleg* Cujac. 12. *obs.* 1. *diss.* Duar. *d. loc.*

(*h*) Jas. Zas. & alii in *l. ult. de jurisdict.* Mynsi. 3. *obs.* 68. DD. in *l. pr operandum, §. sin autem. C. de jud.* Rulant. *tract. de invoc. utriusque brachii.* adde Bodin. 3. *de rep.* 6.

(*i*) *Arg. Nov.* 86. *cap.* 1. Innoc. in *cap.* 1. *extr. de off. jud. ord.* Vest. *cap. ult.* Ferrar. in *form. exec. sent. diff. §. sciens, num.* 13. Gail. 1. *obs.* 115. Merul. *lib.* 4. *dist. 4. sect. 5. tit.* 10. *cap.* 1.

(*k*) Specul. in *§. sequitur, de exeq. sent. in add.* in *verb. condemnati, arg. l. 4. §. 3. hoc tit.* Treutl. *vol.* 2. *disp.* 23. *th. ult.*

(*l*) *l. si pignora,* 50. *de evict. l. 2. C. si in caus. jud.*

(*m*) *l. 3. C. de exeq. rei jud.* Ad licitandum autem admittitur & ipse creditor. *d. l. 2. C. si in ca. jud.* Vide de subhastationibus, earumque jure, ac solemnibus Damhoud. in *subhastat. compend.* Bapt. Asin. *de exeq. §. 4. c.* 70. *&* *c.* 83. *& seq.* plures alios citat Enuel. Don. *lib.* 23. *c.* 13.

(*n*) *l. 15. §. 2. hoc tit.* & ibi DD. Stipendia militum in causam judicati capi nequeunt, cum in aliis exequutio fieri potest. *l. 4. C. de exeq. rei jud.* nec reditus beneficii Eccles. Duar. *d. loc.* nec boves aratorii, aut instrumenta rei rusticæ. Trentac. 2. *pr. res. tit. de exeq. res.* 2. Asin. *prax. §. 3. limit.* 33. qui idem statuit in jumentis ad molendinum destinatis. *limit.* 37. Minime vero omnium exequutioni subjacent libri studiosorum. DD. &c. qui tamen aliis bonis non suppetentibus immunes hodie non sunt. Coler. *de proc. exeq. par. 2. cap. 3. n.* 138.

(*o*) Teste Jo. Gutier. *1. pr. q.* 131. Asin. *pr. §. 31. c.* 6. Diss. Duar. ad *d. l. 15. §. 2.* quem sequitur Bachov. *d. loc. th. ult.*

(*p*) *d. l. 15. §. 4.* convenit *art.* 177. *& seqq. instr. curiæ Holl.* nisi quod hunc casum a sequenti non secernat.

(*q*) *d. l. 15. §. 5.* Differentiæ ratio est, quod res suo domino auferri non potest sine injuria; creditori autem nulla injuria fit, modo ei pecunia solvatur.

(*r*) Ita accipienda species *d. l. 15. §. 3. in pr.* Nam si simpliciter pro toto debito pignus addici dicamus, ut Bart. si pluris sit, debitori; si minoris, creditori injuria fiet. Duar. ad *d. §. 3. & 1. disp.* 6. Forcat. 13. *dial.*

contentus, quod amplius sibi debetur petere non (*s*) poterit. Tandem si debitor solvendo non sit, in carcerem conjici potest, ibique detineri, quamdiu non solvat, aut bonis (*t*) cedat; ut tamen ei dimensum præstetur ad certam (*u*) quantitatem. De quibus omnibus etiam legibus judiciariis apud nos diligentissime cautum (*x*) est, unde ea, quæ in hoc argumento hodie obtinent, discere licet.

CAPUT L.

De tempore judicatis indulto.

NOn statim autem, quod quinto loco quærendum erat, post sententiam latam judicati agi, aut exequutio peti potest; sed humanitatis gratia aliquod tempus ad solvendum judicatis indulgetur. Et jure quidem antiquo duodecim tabularum æris confessi, rebusque jure judicatis triginta dies justi (*y*) fuerunt. Postea laxamentum duorum mensium priores Imperatores (*z*) dedere. Novissime autem Justinianus quatuor menses (*a*) largitus est; cujus tamen constitutio parum usitata, propterea quod id tempus varie coarctatum est moribus, & statutis cujusque loci. Apud nos locum quodammodo habent triginta dies, quos condemnatis largitur lex duodecim tabularum; idque in omni actione, tam in rem, quam in personam, eo quod victor saltem tamdiu expectare (*b*) debeat, donec tempus (*c*) appellationi constitutum præterierit. Animadvertendum autem est, laxamentum temporis jure civili judicatis datum, locum non habere in actione in (*d*) rem, in qua Judicis officium est, ut statim jubeat rem domino restitui, nisi possessor caussetur se non posse in præsenti restituere, & sine fraudatione tempus ad restituendum petat; ut Judex satisdatione de litis æstimatione accepta (*e*) gratificari potest. Sed neque in actionibus in personam semper tempus judicati servatur; potest enim is, qui pro tribunali cognoscit, hoc tempus ex causa arctare, vel (*f*) prorogare; quæ potestas illis ipsis legibus, quibus id tempus indultum est, tacite intelligitur contineri. Sed & Judex datus potest aut brevius, aut longius tempus sententia sua complecti. Ceterum si brevius statuerit, legitimum arctare voluisse non videtur, nisi & hoc nominatim ademerit condemnato (*g*).

Sed justam causam mutandi temporis legitimi exigimus: nam si sine causa Prætor id mutaverit, jus est appellandi vel tamquam ab exequutione modum judicati excedente, vel tamquam a Judice, si id sententia sua (*h*) fecit. Causam æstimabimus aut ex qualitate, & conditione negotii, de qua agitur; aut ex quantitate, quæ in eo negotio versatur; aut denique ex personarum obsequio, vel (*i*) contumacia. Qualitas aut est in re petita, aut causa obligationis. In re, quæ petitur, dilatio arctanda, si certa species petatur, cujus & præstandæ facultatem reus habeat; neque enim malitiis indulgendum est. Alioqui si res abest sine dolo, non est iniquum ei tantum tempus dari, quantum satis sit ad rem perquirendam, & (*k*) recuperandam. Item si publice intersit rem petitam statim solvi, cogendus est condemnatus statim solvere, sicut

tra-

(*s*) Quæ altera species *d.* §. 3. *verf. nam si*. Et ratio additur, quia transegisse de credito videtur, hoc est tanti æstimasse pignora, qui ea in solutum accepit. *arg. l.* 70. §. 1. *in fin. de leg.* 2. Forcat. *d. loc.* adde Alc. 6. *paradox.* 4. Robert. 1. *sent.* 22. *l. ult.* C. *de jur. dom. Imp.* ad hoc genus pigneris non pertinet, sed ad pignus conventionale.

(*t*) *l.* 1. *Cod. qui bon. ced.* quod ex *l.* 12. *Tab.* manavit. Gell. 20. *cap.* 1. De debitoris carceri mancipandis, & qui personæ conditione, vel privilegio ab eo immunes, Damboud. *pr. civ. cap.* 64. *num.* 10. & *seqq.* Gom. in *l. Tauri* 62. Menoch. 1. *arb. q.* 98. De veteri lege de nexis Cujac. 3. *obs.* 39. Rav. ad *l.* 12. *Tab. cap.* 8. *cont.* 2. *subsec.* 18. Jos. Scal. in *Fest. in verb. Nervum*.

(*u*) Quod *ead. l.* 12. *Tab.* cautum. Gell. *d. loc.* eoque respicit *l. victum*, 34. *hoc tit.* Quid victus, & strati nomine contineatur, docetur in *l.* 43. & *du. seqq. de verb. sign.*

(*x*) *Art.* 172. & *seqq.* usque ad *art.* 194. inclusive, adde Merul. *lib.* 4. *dist.* 4. *sect.* 5. *tit.* 7. & *quat. seqq.*

(*y*) Gell. *d. loc.* quod autem justos interpretatur, quia justitiam habeant, hoc est, juris cessationem, id plerisque doctis viris nostra ætate displicet, qui justos interpretari malunt, jure ad id datos condemnatis. Sic dies prœliares justi, quibus hostem lacessere, & res repetere licet. Macrob. 1. *Saturn.* 16.

(*z*) Ut significat Just. in *l. ult.* §. *ult.* C. *de usur. rei jud.* & scire licet ex *l.* 2. C. *Theod. eod.*

(*a*) *d. l. ult.* §. *ult.* easque inducias non judicatis solum, sed etiam fidejussoribus eorum indulsit. *ibid.*

(*b*) Partim ex humanitate, partim ex necessitate juris. Notat hoc Merul. *libr.* 4. *dist.* 4. *sect.* 5. *tit.* 6. *cap.* 7.

(*c*) Tum interponendæ, tum introducendæ; nam interponendæ appellationi decem dies. *Auth. hodie*, C. *de app.* introducendæ viginti apud nos constituti. *Instr. Cur. Holl. art.* 198. & 206.

(*d*) Discrimen hoc arguunt verba *d. l. ult.* §. *ult.* ad solvendum; quæ non conveniunt rei vindicationi, sicut nec usuræ, quarum ibid. mentio. Duar. ad *l.* 2. *hoc tit.* Ratio autem discriminis, quod res aliena facilius restitui potest, quam pecunia explicari. Gifan. ad *l.* 25. *de O. & A. n.* 27. add. Damboud. *prag. civ.* 256. *num.* 3. Menoch. *arb. cas.* 28. Ans. Fab. 7. *conj.* 1.

(*e*) §. 1. *Inst. de off. jud.* ubi Gloss. Jo. Fab. Ang. Aret. idque tempus arbitrio suo moderabitur Judex. Menoch. *d. cas.* 28. Boer. *decis.* 45. *n.* 5. & 9.

(*f*) *l.* 2. ubi Don. Duar. Zas. & comm. DD. *l. debitoribus*, 31. *hoc tit.*

(*g*) *l.* 4. §. *si quis*, *hoc tit.* Don. ad *d.* 7. 2. qui locus tamen arguit prorogationem facilius concedi, quam arctationem. Coler. *p.* 3. *c.* 6. 9. & *seq.*

(*h*) Secundum Alex. & DD. in *d. l.* 2. & *in d. l.* 4. §. *si quis condemnatus*. Boer. *decis.* 45. *n.* 7.

(*i*) Quorum omnium rationem habendam esse in mutando tempore legitimo docet Ulp. in *dict. l.* 2. & *ibid.* DD.

(*k*) *Arg. l. debitoribus*, 31. *hoc tit.* junct. *arg. in* §. 2. *Inst. de off. jud.* Bachov. *p.* 1. *disp.* 26. *th.* 7. *lit.* E.

traditum est de frumentariæ (*l*) pecuniæ debitore. Ex causa obligationis puto dilationem omnem denegandam, si quis ex maleficio, aut dolo suo (*m*) conveniatur; nisi quod in actione quod metus causa tempus (*n*) judicati servetur, ut cessatio, & culpa non restituentis merito accusari possit. In ceteris causis recte legitimum tempus servabitur, nisi aliud suadeat obligationis quantitas. Nam si parva summa est, & reus dives, nihil differendum; si non facilis expeditu, justa dilatio concedenda, proroganda etiam, si quis casus facultatem, quæ prius erat, ademerit. Et hoc rursum ex obsequio, aut contumacia rei sic temperandum, ut hoc obsequenti tribuatur, contumaci denegetur (*o*).

Sunt præterea quædam causæ, in quibus perraro tempus legitimum expectatur; sed statim reus solvere cogitur, quantacumque summa, vel obsequium condemnati. Hujusmodi est causa alimentorum, ob periculum, quod mora afferre (*p*) potest; item causæ minorum, quorum persona hunc favorem meretur, ut tempus adversario minuatur (*q*).

CAPUT LI.

Exequutionem rei judicatæ non pariter adversus omnes, & in omnibus causis usurpari.

Exequutio rei judicatæ neque adversus omnes pariter, neque in omnibus causis usurpatur; sed sunt quædam personæ, quibus humanitatis causa tributum, ut ne insolidum, sed in id tantum, quod facere possunt (*r*) conveniantur. Qui locus hujus argumenti postremus, ut certa ratione, ac via a nobis explicetur, primum videndum de personis, quibus hoc beneficium, quibus in causis, & quibus conditionibus tribuatur; tum quale sit hoc beneficium, & quid eo contineatur. Tribuitur hoc beneficium partim ob causam, ex qua agitur; partim ob personam rei, cum quo agitur. Ob causam, ex qua agitur, soli datur (*s*) donatori. Ob personam autem rei varie; aut enim tribuitur ob conjunctionem inter litigatores constitutam, eamque vel sanguinis, hinc (*t*) parentibus, (*u*) liberis, & (*x*) fratribus; vel matrimonii, & affinitatis, hinc marito, uxori, & (*y*) utriusque socero; vel societatis, hinc datur sociis, qui & ipsi quodammodo inter se fratres (*z*) sunt; aut ob solam reverentiam eo debitam, hinc tributum patrono, liberisque ejus, & (*a*) parentibus; aut ob meritum in Rempubl. unde militi datum, qui sub armata militia stipendia (*b*) meret; aut denique ob solam commiserationem iis concessum, qui bona sua non malo more amiserunt, quo in numero sunt, qui bonis cesserunt, si quid postea (*c*) acquisierint; & interdum filii emancipati, aut (*d*) exhæredati. Illud circa has personas notandum, etiam mutata conditione, propter quam beneficium tribuitur, beneficio locum esse, ut si maritus soluto matrimonio, socius distracta societate (*e*) conveniatur. Sed nec pactione effici potest, ne is hac defensione uta-

(*l*) *l.* 2. §. *frumentariæ*, *de adm. rer. ad civ. pert.* Coppin. *de privil. rust. lib.* 2. *p.* 1. *c.* 9.

(*m*) Non enim recte auxilium legis invocat, qui contra leges committit. *leg.* 37. *in fin. de min.* Nec est metuendum, ne si statim pignora capiantur, reus laboret; nam hoc incommodum improbitati suæ acceptum ferre debet. *arg. l.* 31. *in fin. pr. depos.*

(*n*) *l.* 14. §. *quod si homo*, *quod met. ca.* quo loco motus Duar. ad *d. l.* 31. *h. t.* causam criminalem ab actione civili ex delicto distinxit, ut in illa nulla dilatio concedenda sit, in hac contra. Don. autem ad *d. l.* 2. in actione quod met. ca. hoc speciale esse putat, quia cum in ea non magis ob metum illatum, quam ob culpam non restituentis in quadruplum sit condemnatio, saltem in tam gravi pœna ea dilatio danda sit, quæ iis datur, qui nullam cessationis suæ pœnam sentiunt.

(*o*) *Arg. d. l.* 2. *& d. l.* 31. *h. t.* & vero iniquum esset, plus tribui reo contumaci, quam obsequenti, aut dolum suum cuiquam prodesse.

(*p*) *d. l.* 2. *h. t.* & ideo de alimentis etiam per ferias agi potest. *l.* 2. *de fer.*

(*q*) *d. l.* 2. quod & eorum restitutio. *tit. de min.* & definitio moræ, quam in horum persona ex re ipsa fieri receptum est. *l.* 3. C. *in quib. ca. rest. in int. nec. non est.* facile declarant.

(*r*) Hoc beneficium vulgo vocant privilegium, & exceptionem competentiæ; de quo vide Zas. Schneid. Mynf. Don. Vult. & alios ad §. *sunt præterea*, *& seqq. Inst. de act.*

(*s*) Ne liberalitate sua inops fieri periclitetur. *l. ne liberalitate*, 50. *l.* 19. §. 1. *h. t. l.* 12. *de donat.* §. *antep. Inst. de act.*

(*t*) *l.* 16. *h. t. de re jud.* & his quidem etiam ob reverentiam. *l.* 2. *&* 9. *de obs. par.* quapropter & matri dabitur, etiam cum ex causa tutelæ convenitur, & omni beneficio renunciavit. Gottier. 2. *pr. quæst.* 28. *n.* 2.

(*u*) *l. cum ex causa*, 30. *h. t. l.* 18. *sol. matr.*

(*x*) Nam si sociis ob imaginem fraternitatis datur, multo magis ipsis fratribus concedendum. Duar. ad *d. l.* 16. Don. Vult. *d. loc.* Thesaur. *decis.* 119.

(*y*) *l.* 17. *l.* 20. *& du. seqq. h. tit. l.* 12. *l.* 17. *& l.* 54. *sol. matr.* In marito, & socero etiam causa cum parente, & patrono communis, scilicet reverentia. Vide Zas. ad *d. l.* 12. *& seqq.* Genero quoque, & nurui viceversa idem beneficium competere statuit Alber. Gent. 4. *lect.* 1. *arg. l.* 14. §. *ult. de rit. nupt.* non item priviginis, cum Jas. & aliis.

(*z*) *d. l.* 16. *hoc tit. l.* 63. *in pr. pro soc.* belle Marq. Freher. 1. *parerg.* 5. Collegas quoque dignitatis, vel officii communione socios fratrum invicem loco esse pulchre ostendit Langl. 2. *semestr.* 4. unde fortassis idem jus quoad eos inferri possit.

(*a*) *d. l.* 27. *h. tit.* Idem statuit Duar. in Domino, & Vasallo, ad *d. l.* 16.

(*b*) *l.* 6. *l.* 18. *h. t.* quod plerique etiam ad milites togatos extendunt; sed qualitas adjecta dispositionem restringere videatur, ut notat Gothofr. ad *d. l.* 6.

(*c*) §. *ult. Inst. de act. l.* 4. *de cess. bon.* Vide de hac materia Damhoud. *pr. civ.* 70. P. Greg. 70. 22. *syntag.* 8. *&* 7. *seqq.* Menoch. *arb. c.* 183. Afflict. *decis.* 348. *& seq.* Thesaur. *dec.* 36. *&* 182.

(*d*) *l. & exher. d. tion*, 49. *h. t. l.* 2. *&* 4. §. 1. *quod cum eo, qui in al. dot.*

(*e*) *l. un.* §. 7. C. *de rei ux. act. arg. l.* 65. *in pr. pro soc.* aut si socer soluta affinitate conveniatur a genero de dote promissa. *l.* 17. *sol. matr.* cui non obstat *l.* 21. *h. tit.* conciliationem suggerit *l. pen. de jur. dot.* maxime, si cum A. Fab. 1. *conj.* 14. in *d. l.* 21. legas, sed alio, & alio jure utimur. add. Don. ad *d. l.* 2. Duar. ad *d. l.* 17.

natur, qui propter reverentiam sibi debitam conveniri non potest; qualis est parens, patronus, maritus, & similes (*f*).

Non omnibus autem in causis hoc beneficium suprascriptis personis datur; primum enim nemo hoc beneficio utitur, qui ex dolo, aut maleficio suo (*g*) convenitur; nisi parens sit, aut patronus ejusve (*h*) liberi. Donator eo tunc solum utitur, cum ex donatione sua convenitur; socius, cum convenitur judicio societatis, nisi sit locus omnium bonorum, qui in omnibus causis hoc beneficio fruitur; emancipatus, & exhaeredatus, cum conveniantur ejus rei nomine, quae cum his contracta est, cum in potestate (*i*) essent. Ceteri ex quocumque contractu conveniantur, nisi post mutatam conditionem res gesta sit, veluti si maritus soluto matrimonio contraxerit cum ea, quae olim uxor (*k*) fuit. Conditiones, quibus hoc beneficium tribuitur, tres sunt: una est, si non is, qui convenitur, mentitus de sua conditione fuerit, ut si filiusfam. cum aliquo contracturus se patremfam. (*l*) mentiatur; altera, si non qui convenitur dolo fecerit, quominus solidum (*m*) facere possit; dolo autem facere videtur, qui subornat aliquos, qui mentiantur sibi ab eo deberi, & ab iis se vinci (*n*) patitur: tertia sociorum propria est, si socius se socium esse confessus sit; quod si negaverit se esse socium, placet eum in solidum condemnari (*o*).

Quale sit hoc beneficium, planum fiet, si cognoverimus quid sit facere posse, quibus rebus, & unde deductis id aestimandum, causae, an personae cohaereat. Facere posse civili ratione in hac condemnatione dicitur, qui de suo (*p*) praestare potest honeste, deducto videlicet prius eo, quod illi satis sit ad victum quotidianum, & (*q*) alimenta. Non modo igitur hujusmodi personae, si solvendo non sunt, in carcerem detrudi non possunt, aut cogi, ut bonis cedant; sed ne totum quidem, quod habent, iis extorquendum, ne turpiter mendicare, aut malis artibus victum quaerere (*r*) cogantur; quorum utrumque contra est, cum hoc beneficium cessat; quippe omnium actionum sine hoc beneficio haec conditio est, ut quamvis reus solvendo non est, solidum tamen praestare compellatur, aut de suo, aut si id non potest, aliunde, unde solvat, sumere, aut postulante creditore in carcerem ire, nisi bonis cedere (*s*) malit. Hoc, quod ita quemque facere dicimus, aliter in donatore aestimatur, aliter in ceteris. In donatore aestimatur deducto aere alieno, in ceteris etiam non (*t*) deducto; pinguius enim donatori succurritur, quam veris (*u*) debitoribus. Inter eos, quibus ex eadem causa debetur, occupantis conditio melior, nec deducitur, quod ejusdem (*x*) conditionis hominibus debetur. Unumquemque autem, quod illi ad victum deducere permittitur, ex suis bonis deducere oportet, non ex alienis. Hinc etsi donator sit, a quo, ut possessore, fundum ex causa donationis sibi traditum donatarius vindicet, in solidum tamen damnatur, sive possideat rem, sive dolo malo possidere desierit; quia tradendo rem fecit (*y*) accipientis. Beneficium hoc personale est, non can-

(*f*) Quia tale pactum contra bonos mores est. *l.* 14. *sol. mat.* ac proinde nec juramento firmatum valet. Duar. ad *d. l.* 14. §. 1. Gom. in *l. Taur.* 50. *& tr. seqq. n.* 49. Zas. in *l.* 12. *& seqq. sol. mat. n.* 35.

(*g*) *l.* 22. *l.* 52. *h. t. l.* 21. §. *ult. rer. am. l.* 4. §. 1. *quod cum eo.* facit *l.* 9. §. 2. *de min.*

(*h*) *l.* 5. *l.* 7. *l.* 9. ubi & ratio. *de obseq. par. & patr.* Hoc discrimine adhibito conciliari possunt *l.* 16. *h. tit. & l.* 63. *in pr. pro soc.* Pac. 4. *enant. q.* 100. Vult. ad §. *sunt praeterea, & seqq. Inst. de act. n.* 15.

(*i*) Vide locos, quos citavi *sup. lit.* D.

(*k*) *l. divortio,* 35. *de neg. gest.* nisi iterum contractus post divortium initus sit appendix, aut accessio obligationis in matrimonio contractae. Cujac. 24. *obs.* 38. P. Fab. ad *l.* 28. *de reg. jur.*

(*l*) *l.* 10. *h. t. l.* 4. §. 1. *quod cum eo, qui in al. pot.*

(*m*) *l. si quis dolo,* 51. *h. t. l. verum,* 63. §. *hoc quoque, pro soc. l. un.* §. 7. *C. de rei ux. act.*

(*n*) Qui deinde actione judicati consequantur, ut pignora capiantur, & distrahantur. Don. ad *d. l.* 51. *in pr.* Sic etiam qui fraudulenter sua alienavit, cessione excluditur *l. ult.* §. *ult. quae in fraud. cred.* Gom. 2. *resol.* 11. *num.* 52. *& ad l. Taur.* 73. *n.* 2. nec decoctores, qui malo more sua prodegerunt, cessio a carcere liberat. Benvent. Straccha, *de mercator. tract. de decoctorib. p.* 3. *n.* 9.

(*o*) *l. si unus,* 67. *in fin. pro soc. l.* 22. §. 1. *h. t.*

(*p*) In quo numeratur etiam id, quod quis habet in actionibus, & petitionibus *l.* 28. *sol. matr. per l.* 49. *de V. S.* non ut cogatur praestare, quod agendo consequi potest, sed ut cedere actionem necesse habeat, & cedendo liberetur. *l.* 43. *sol. mat.*

(*q*) *l.* 19. *in fin. l.* 30. *hoc tit. l.* 5. §. *sed si,* 7. *de agn. lib. l.* 6. *re. cess. bon. l. in condemnatione,* 173. *de reg. jur.*

(*r*) Sed & in definiendo victu, & alimentis ratio dignitatis, vel conditionis personae habenda est, cum lautiori cibo nobilem vesci, quam rusticum oporteat, & alius & alius illi, quam huic cultus corporis conveniat. De quo Tiraq. *de nob. c.* 20. *n.* 143. *& seq.* Coler. *p.* 2. *cap.* 3. *n.* 115. *& seqq.*

(*s*) *l.* 1. *C. qui bon. ced.* atque ut creditor pateat carceri, omne tamen quod habet, condemnato auferre potest, ut nihil ei, ne ad victum quidem, relinquatur.

(*t*) *l.* 16. *l.* 19. §. 1. *l. & exhaeredatum,* 49. *h. t. l.* 12. *de donat.*

(*u*) *d. l.* 49. Cujac. 4. *diff.* Mod. ad *l.* 20. *in fin. h. t.* Quin nec in praejudicium creditorum liberalitas debitoris vergere debet, sed de suo quemque largiri oportet. Vult. *d. loc. n.* 9.

(*x*) *l.* 19. *in pr. hoc tit. l.* 12. *de donat.* adde Pac. 4. *enant.* 56. Raevard. ad *l.* 28. *de R. J.*

(*y*) *l.* 41. §. 1. *hoc tit.* ubi Duar. Cujac. 8. diff. Modest. ad *l.* 22. *de donat.* Quaeritur, an idem dicendum sit de marito, qui de re dotali actione in rem convenitur. aff. vulgo DD. Zas. ad 72. *& seqq. solut. matr. num.* 10. Don. ad *l.* 16. *& seqq. h. tit.* Sed contraria opinio, quam idem Don. sibi contrarius probat ad *d. l.* 41. §. 1. videtur juvari *l.* 53. *sol. matr.* & sequitur Harpprecht. ad §. 37. *Inst. de act. n.* 5. Enimvero si uxor, aut similis creditor eadem paupertate, qua reus, prematur, exceptio haec non proderit; cum major tunc sit ratio suum repetentis, magisque debitorem, quam creditorem egere conveniat. Zas. *d. loc. n.* 20. Coler. *p.* 2. *c.* 3. *n.* 121.

causæ, sed personæ cohærens; ideoque nec in hæredem transit, præterquamquod in actione dotis datur filiis mulieris, qui patri (z) hæredes extiterunt, neque fidejussori tribuitur, quamvis is totum id, quod præstitit, a reo principali repetere (a) possit. Alia causa est defensoris, cujus eadem conditio esse debet, quæ domini foret, si cum ipso (b) ageretur; siquidem defendere est eamdem vicem, quam reus principalis, subire (c).

Postremo conveniri aliquem in id, quod facere potest, duo continet: unum est, ut si nihil, aut minus potest, in id, quod non potest, conveniri nequeat; quæ res facit, ut etsi in solidum condemnatus est, non objecta, autetiam a Judice contempta defensione, nihilominus judicati conventus doli exceptione se (d) tueri possit; nisi exceptio in judicio opposita post examinationem a Judice, quasi non vera sit, reprobata (f) fuerit. Alterum est, ut si deducto eo, quod diximus, reus facere possit, hactenus quoque possit conveniri; & quidem sæpius, auctis nimirum postea ejus (f) facultatibus. Ex quo apparet exceptionem hanc dilatoriam esse, & temporalem, utpote quæ actionem tantum differat in id tempus, quo reus rem auxerit. Quatenus autem reus facere possit, tempore rei judicatæ spectandum esse responsum est (g).

CAPUT LII.

De confessis.

Quia superiori argumento finitimus est locus de confessis, iisdemque fere præceptis continetur, haud intempestive eum præcedentibus subtexturi videmur. De his igitur rescripto Marci Antonini sic cautum est: Confessos in jure pro judicatis (h) habendos. Confessum accipere debemus sive per se confessus sit, sive per alium, cui ut confiteretur nominatim mandavit. Ceterum procuratorem nostrum, vel tutorem, aut curatorem fateri, ut pro confessis, & judicatis habeamur, non (i) sufficit. Nihil autem refert de tota lite quis confessus sit, an de quavis parte litis. Sed & si quid ex eo, de quo quis confessus est, necessario sequitur, perinde habetur, ac si de eo quoque confessus (k) esset. Ait Imperator: Confessos in jure; id autem valet apud Magistratum, aut Judicem competentem eo in loco, ubi jus redditur, aut (l) judicatur, qui locus, & Judicis auctoritas exigitur, ut qui confessus est, verum confessum esset, & serio dixisse existimetur; unde eum, qui apud alium Judicem, ut alio in loco confessus est, non placet pro judicato haberi (m).

Ait pro judicatis habendos; hoc est, perinde habendos, ac si judicati essent, vi, & effectu juris eodem loco, & conditione esse. Quæcumque igitur aut adversus judicatum, aut pro eo statuuntur, eadem & adversus confessum, & pro eo valebunt, ut neutrius causa alterius sit melior, aut deterior. Id vero ita esse brevi inductione manifestum fiet. Vis rei judicatæ hæc est, ut ei sine exceptione standum sit; eadem & confessionis in jure (n) factæ. Adversus judicatum, ni solvat, actio judicati est, ut pignora capiantur, & distrahantur, unde victori satisfiat; adversus confessum alia quidem nomine actio (aut æris confessi, aut in factum ad similitudinem judicati) sed eadem via (o) exequutionis. Viceversa, quæ tempora tribuuntur judicato ad solutionem, eadem & (p) confesso; ut sententia non valet, quæ sine certa re, aut quantitate prolata est, ita & inutilis incerta (q) confessio; ut nihil

---

(z) *l.* 12. & *l. seq. l.* 18. *sol. matr.* adde P. Fabr. ad *s.* 28. *de R. J.* Gomes. in *l. Tauri*, 50. & *tr. seqq. num.* 49.

(a) *l.* 24. *hoc tit.* Fusius hac de re Hering. *de fidejuss. c.* 27. *p.* 4. 80. & *seqq.*

(b) *l.* 14. *sol. matr. l.* 63. §. 1. *pro soc. l.* 23. *h. tit.*

(c) *l. minor*, §. 1. *de proc.* adde Connan. 7. *comm.* 15.

(d) *d. l.* 41. §. *ult. l.* 17. §. *ult. sol. matr.* Don. ad *d. l.* 16. & *seqq.* P. Fab. *d. loc.* Ant. Fab. *C. suo*, *de exeq. rei judic. def.* 42. & ita etiam Zas. *d. loc. n.* 19. quamvis contrariam opinionem comm. dicat.

(e) *l.* 8. §. 2. *de neg. gest. l.* 7. §. 1. *de compens.* Don. ad *d. l.* 41. §. *ult.*

(f) *l. uno*, §. 7. *C. de rei ux. act.* facit *l.* 30. §. 4. *de pecul.* Similiter nec cessio bonorum obligatione liberat. *l.* 1. *Cod. qui bon. ced.* unde cautionem ab his personis exigi posse docent, qua recipiant se soluturos, si ad pinguiorem fortunam pervenerint, per *c. Odoardus*, 3. *de solut.* Harpr. ad §. *ult. Inst. de act.* Pet. Fab. *d. loc.* Hering. *de fidejuss. cap.* 5. *n.* 83. & *seqq.*

(g) *l. verum*, 63. §. *tempus*, 6. *pro soc. l.* 15. *in pr. sol. matr.* facit *l.* 3. *in fin. pr. de usur.* Don. ad *d. l.* 16. *hoc tit.* adde Costal. ad *l.* 37. *de neg. gest.*

(h) *l. un. C. de confess. l. post rem judicatam*, 56. *de re jud.* Huc pertinet *tot. tit. ff. de confess.* de quibus plerique in argumento de probationibus, ut & Merula noster *sect.* 4. *tit.* 15. *c.* 1.

(i) *l.* 6. §. 4. *hoc tit.* vide Jason. & DD. ad *l. un.* §. *si procurato*, *si quis jus dic. non obtemp. c.* 2. *de confess. in* 6. Lan. Franc. in *cap. quoniam. verb. confessionis*, *de prob. n.* 16.

(k) Hoc & quod proxime præcedit, est in *d. l.* 6. §. 2. *hoc tit.*

(l) *l.* 4. §. 1. *de inter. in jur. l. pen. de just. & jur. cap.* 4. *ext. de jud. c.* 2. *ext. hoc tit.* Proprie tamen huc pertinent soli confessi in jure, idest, apud Magistratum ante litem contestatam; nam qui post litem contestatam confitentur in judicio apud Judicem datum, non tam pro judicatis, quam convictis habendi; ut paulo post certius intelligetur.

(m) *d. c.* 4. *ext. de jud.* Jas. in *l. Magistratibus*, *de jurisd. n.* 3. & 4. VVesemb. *parat. hoc tit. n.* 5.

(n) Nec quidquam ad rem pertinet, vere fassus sit se debere, an falso. *l. post rem judicatam*, *hoc tit.*

(o) *l. ult. C. de exeq. rei jud.*

(p) *l.* 6. §. *ult. hoc tit. l. si debitori*, 21. *de jud.*

(q) *l.* 6. *pr.* & §. 1. *hoc tit.* Ceterum urgeri debet incertum confessus, ut certum confiteatur. *d. loc.* si nolit, pro confesso habendum puto. *arg. l.* 11. §. *nihil interest*, *de inter in jur.*

nihil agit sententia Judicis, quæ impossibilis est, aut contra leges, ita & talis (r) confessio; ut sententia contra minores indefensos, aut tutorem, curatoremve non habentes lata nullius momenti est, ita nec isti; si quid sine tutoris, aut curatoris auctoritate confessi sint, ex confesso (s) tenentur; denique ut absens condemnari non solet, ita nec qui adversario non præsente confessus est, pro judicato (t) haberi. Unum hoc ex omnibus dissimile videri potest, quod semel judicatus iterum non damnetur; confessus autem etiam post confessionem damnari (u) debeat. Quod tamen & ipsum justa dubitatione non caret, cum alibi traditum (x) sit, in confitentem nullas esse partes judicantis. Sed distinguendum est, nam si post litem contestatam confessus est apud Judicem pedaneum, omnino damnari a Judice (y) debet; sin in jure ante litem contestatam forte apud Magistratum, nulla necessario sequitur condemnatio, sed recta in eum datur actio confessi, qua ad similitudinem actionis judicati, & ex jurejurando nihil aliud quæratur, quam an (z) confessus sit. Plerumque autem Judex, aut arbiter in confitentem dari solet, litis æstimandæ, vel computationis faciendæ, vel rei cujuspiam similis (a) gratia. At quid dicemus, si quis falsum confessus sit? Si juris errore ductus, placet nihilominus confessionem nocere; si in facto errans, perinde habendum, quasi confessus non (b) esset. Proponamus exempla: Fideicommissum, quod testamento relictum erat, codicillis ademptum est. Hæres cum id ignoraret, prolatis tabulis testamenti agnovit se fideicommissum debere. Repertis postea codicillis, dicimus eum actionem confessi recte recusaturum, quia in facto erravit. At e contra si non ignoravit ademptum esse fideicommissum, putavit autem codicillis adimi non (c) potuisse, confessio nocebit, quia jus ignoravit.

Ceterum hoc jus in rebus privatis, & pecuniariis proditum est; ad causas criminales non pertinet, in quibus confessiones reorum pro exploratis facinoribus haberi non oportet, si nulla alia probatio religionem instruat (d) cognoscentis.

De appellationibus.

CAPUT LIII.

Quibus in causis necessaria appellatio, tum quæ ejus constituendæ, & interponendæ ratio.

Hic consistendum foret, si rebus semel rite judicatis sine ulla conditione standum esset; at quia victo adhuc superest remedium appellationis, quo in secundo judicio consequitur, ut suspendatur, & quodammodo (e) extinguatur, quod in primo judicatum est, reliquum est ad persequutionem juris nostri, & judicii absolutionem, ut de hoc secundo, seu appellationis judicio dicatur;

Claudimus Hesperias gentes, aperimus Eoas.

Appellare, quod & provocare, est ad superiorem Judicem vocare, qui quod a priore Judice adversus nos statutum, & pronunciatum est, sententia sua corrigat, & in melius reformet. Ut autem hic locus plene intelligatur, quatuor nobis cognoscenda: quibus in causis appellatio necessaria; quæ ejus interponendæ ratio; quo ritu introducatur in auditorium Judicis, qui de ea cogniturus est; quis introductæ effectus, & quodnam in ea tum litigatorum, tum Judicis offi-

(r) Hinc illa: Falsas confessiones naturalibus convenire debere. *l.* 13. §. 1. *d. tit.* Confessiones ita ratas, esse, si id, quod in confessionem venit, & jus, & natura recipere potest. *l.* 14. §. 1. *eod.*

(s) Neque enim debet confessio ibi tenere, ubi nec res judicata tenet. Quod igitur Ulp. in *d. l.* 6. §. *pen.* ait, minorem restituemus, sic omnino accipiendum, si curatore auctore confessus est. Constat enim nullius momenti esse, quod minor sine curatore in lite egit.

(t) *d. l.* 6. §. 3. Præsens autem etiam habetur, qui in jure procuratorem, vel tutorem, vel curatorem habet. §. 4. *d. l.* 6.

(u) *l.* 3. *l.* 5. *l. ult. hoc tit. l.* 5. *de cust. reor. l.* 1. §. *si quis ultro, de quæst.*

(x) *l. proinde*, §. 2. *ad leg. Aquil.* item confitentem non esse urgendum ad judicium accipiendum. *l. si demus*, 71. §. 2. *de leg.* 1.

(y) Juxta formulam a Prætore datam, si paret reum dare oportere, condemna. Itaque hæc confessio probationis potius vim habuit, quam rei judicatæ, facit *lex de qua re*, 74. *de jud.*

(z) Eoque pertinet *d. l. post rem judicatam*, *hoc tit. leg.* ... §. 2. *ad l. Aquil.* & *tit. de confes.* Bachov. in *Treutl. p.* 1. *disp.* 4. *th.* 1. *lit.* D. & *p.* 2. *disp.* 23. *th.* 5. *lit.* B. qui ad *l.* 5. *hoc tit.* respondet, eam loqui de condemnatione ex actione de confessis; aliter VVesemb. *par. h. t. n.* 8. Ad causas autem criminales hoc non pertinet. *l.* 5. *de cust. reor.* Bachov. *d. loc.* VVesemb. *d. n.* 8. ubi etiam obiter monet, hodie receptius esse, ut confessionem omnem sequatur sententia.

(a) *d. l.* 21. §. 2. *ad l. Aquil. l.* 3. *l.* 6. §. 2. *in fin. l. ult. h. t.* ubi Duar.

(b) *l.* 2. *hoc tit.* compertoque errore a Magistratu, coram quo confessus est, absolvitur. *l. pen. eod.*

(c) Aut nullos esse codicillos, nisi adhibitis quinque testibus, quia id jus Rom. exigit, ignorans jure municipii, in quo versatur, duos, aut tres testes sufficere. Vide alia exempla apud Gloss. in *l.* 2. *eod.*

(d) *l.* 1. §. *Divi Severus, de quæst.* Quod non tantum humanitas postulat, quia magis consulendum est, quibus gravius periculum intenditur. *l.* 1. §. *sed & si quis, de Carb. edict.* sed etiam ratio ex potestate confitentis sumpta exprimit, quia in criminibus de corpore, & fama agitur, quæ non sunt in jure confitentis. *arg. l.* 13. *in pr. ad leg. Aquil.*

(e) Suspendi dicitur in *l.* 5. C. *quor. app. non recipiuntur.* *l.* 32. §. 3. C. *h. tit. de appel.* extingui in *l.* 1. §. *ult. ad Turpil.* qua ratione utrumque dicatur recte docet Franc. de Caldas ad *l.* 3. *Cod. de in int. rest. minor.* Recte DD. vulgo, & cum iis Gail. 144. *n.* 2.

officium. Prodita est (f) appellatio, vel ad dilationem muneris publici, aut honoris (g) defugiendam (in quo hoc inter tutelam, & cetera munera interest, quod tutor datus intra tempora præstituta excusationem (h) allegare debet, & si fuerit repulsa, tum demum appellare; qui vero ad aliud munus vocantur, non aliter, quam appellatione (i) interposita allegare possunt causas immunitatis suæ) vel ad rem judicatam retractandam. In utroque tamen genere sunt, quibus appellatio non est necessaria. Et in priori quidem non est necessaria (k) veterano; posteriori, si unus ex pluribus in communi causa non separatim condemnatis (l) appellavit, placet illius victoriam etiam ceteris prodesse; quod secus est, cum plures separatim condemnati sunt, aut cum adversus eumdem, quamvis in eadem causa, duplex sententia lata est, veluti una sortis, altera usurarum (m).

Interponendæ, constituendæque appellationis hæc ratio, si eam Judex a quo recipiat, non quod libera non sit appellandi (n) facultas, sed quod quædam causæ sunt, ob quas repudiari potest appellatio, quæ Judici æstimandæ (o) permittuntur. Est vero cum in totum appellatio non admittatur, & ubi admittitur, non admittitur, nisi certa lege. Ut in totum non admittatur, alias persona appellantis facit; alias Judicis dignitas; alias causa, de qua actum est; nonnunquam genus sententiæ; postremo etiam numerus appellationum. Persona appellantis id efficit, si is, qui judicio expertus non est, in causa aliena appellet, nisi ei mandatum sit, aut dominus ratam (p) habuerit appellationem. Duo duntaxat excipiuntur: (q) mater in causa filii; & quilibet civis nomine ejus appellans, qui supplicio addictus (r) est. In sua vero causa omnibus appellare permittitur; & quidem iis, qui judicio experti sine controversia, nisi cui aut personæ conditio obstet, ut obstat servo; cui tamen, si nemo alius pro eo appellet, tristis auxilii imploratio non (s) denegatur; aut contumacia, si per contumaciam absens (t) damnatus sit; aut genus delicti, quo pertinent insignes latrones, seditionum concitatores, duces (u) factionum; quibus proximi homicidæ, venefici, malefici, adulteri, manifestæ violentiæ rei; si convicti etiam voce propria scelus (x) confessi sunt; item officialis ob delictum in officio suo admissum (y) condemnatus; aut denique (z) conventio, vel nuda se non appellaturos promittentium (a) voluntas; quod tamen ex eo minime colligendum est, quod Judicem ex (b) consensu sumpserunt. Ceterum potest is, qui appellavit, appellatione nondum ad superiorem Judicem introducta, aut ab eo recepta, appellationi suæ renunciare, sic tamen, ut sumptus adversario (c) restituat. Qui vero ipsi judicio experti non sunt, non aliter appellare possunt, quam si cesset is, qui causam egit, & victus (d) est. Sed etsi appellet, non tamen ex fide causam prosequatur, defensio causæ perinde ei, cujus inte-

(f) Bart. in *l.* 1. *h. t. n.* 5. aliam ait esse appellationem a definitiva, aliam ab interloquutoria, aliam a decretis, & actibus extrajudicialibus, quæ divisio verbis tantum discrepat ab aliorum bimembri, qui eam dividunt in judicialem, & extrajudicialem. VVesemb. *par. hic*, *n.* 5. Gail. 1. *obs.* 120. *n.* 6.

(g) *l.* 1. §. 2. *ff. quand. appel. l.* 4. *l.* 9. *l.* 11. C. *h. t. l.* 1. *in pr. ff. de vac. mun. l.* 2. C. *de decur. l. ult. Cod. qui ætat. vel profess. se excusant lib.* 10. *tit.* 49.

(h) *d. l.* 1. §. 1. *quand. appel.* §. *qui autem*, *Inst. de excus.* vide *lib.* 1. *c.* 11.

(i) *d. l.* 1. §. 2. *d. l. ult.* C. *qui ætat. vel profes. d. l.* 4. & *l.* 11. C. *h. t.* adde P. Greg. *lib.* 2. *de appell. c.* 21. Ant. Fab. C. *suo*, *h. t. defin.* 8.

(k) *l. pen. C. quand. prov. non est necess.*

(l) Nempe ubi quoque est eadem defensionis causa, quod nominatim expressum in *l.* 10. §. 4. *h. t.*

(m) Vid. *l.* 3. §. 2. *l.* 10. *in pr.* & §. *ult. l.* 17. *h. tit. l.* 1. & 2. C. *si unus ex plurib.* adde P. Greg. *lib.* 5. *c.* 5. *hoc tit.* Gail. 1. *obs.* 126. *n.* 3. Damhoud. *prax. civ.* 229. *n.* 10. Nec necesse esse in appellatione plurium consortium singulorum nomina exprimi in Camera conclusum esse, refert Mynf. 2. *obs.* 66.

(n) Quam plerique juri naturæ, ceu speciei defensionis adscribunt; ideoque nec statuto tolli posse. Mynf. 1. *obs.* 14. Damhoud. *prax. civ.* 229. *n.* 3. Gail. 1. *obs.* 128. *n.* 1. & 1. *obs.* 135. *n.* 12. Schneid. ad *pr. Inst. de interd. n.* 17. Atqui inde sequeretur, nec lege tolli posse, quod non puto, & aliam esse rationem defensionis, aliam appellationis constat. Pin. ad *rubr. Cod. de resc. vend.* Bachov. ad *Treutl. p.* 2. *disp. ult. th.* 1.

(o) De abusu hujus remedii Gail. 1. *obs.* 128. Pet. Greg. *lib.* 1. *c.* 13. & *ult.*

(p) Sic enim temperanda sunt verba Macri in *l.* 2. §. 1. in *fin. l. quand. appell.* De appellatione procuratoris dixi *lib.* 3. *c.* 25.

(q) Licet ab initio defendere non potest. *l.* 1. §. 1. *de appell. recip.*

(r) *l.* 6. *ff. l.* 20. C. *h. t.* quasi omnium intersit innocentes defendi. VVes. *par. n.* 7. Pet. Greg. *synt.* 24. *n.* 15. & *seqq.* & *lib.* 2. *de app. c.* 7. *n.* 12. & *seq.*

(s) *l.* 15. *h. t.* Auditur & bannitus, & excommunicatus. Brederod. p. 1. *tit.* 13. *pr.*

(t) *l.* 1. *l.* 4. *in fin.* C. *quor. appell. non rec. l.* 73. §. *ult. de judic. l.* 23. §. *ult. h. t.* plura Marant. *h. t. n.* 284. & *seqq.*

(u) *l.* 16. *eod.* His accensendi monetæ adulteratores. *l.* 1. *in pr. l.* 2. *in fin. Cod. de fals. monet.* raptores virginum *l.* 1. *in fin. pr. Cod. de rapt. virg.* quamvis convicti tantum, non etiam confessi.

(x) *l.* 2. *Cod. quor. appell. non recip.* Adi. Marant. *h. tit. n.* 292. Mynf. 5. *obs.* 23. Pet. Greg. *lib.* 2. *c.* 8.

(y) *l.* 3. C. *d. tit.* Brederod. *hoc tr. p.* 1. *tit.* 15. Marant. *n.* 301. & *seq.*

(z) *l. ult.* §. *ult. Cod. de temp. appell.* De vi hujus conventionis fuse differit Pet. Greg. *lib.* 5. *c.* 3. *num* 6. adde Mynf. 1. *obs.* 14.

(a) *l.* 1. §. 3. *a quib. app. non lic.* Sed & post sententiam latam tacite appellationi renunciasse intelligitur, qui parere, aut implere cœpit. Damhoud. *prax. civ. c.* 230. *num.* 4.

(b) *l.* 23. *h. t.* aut quod quis id ante sententiam professus *d. l.* 1. § 3. *a quib. app. non licet.*

(c) *l.* 28. C. *h. t. c. quamvis*, *de elect. in* 6. *junct. c. interposita*, *ext. h. tit.*

(d) *l.* 4. §. 2. & *seqq. l.* 5. ubi exempla. *h. t.* Proderit hic consuluisse Gail. 1. *obs.* 122. Covar. *pr. qq. c.* 15. Pet. Greg. *lib.* 5. *c.* 1.

interest, committitur, ac si ipse (e) appellasset. Ceterum in causa inofficiosi testamenti legatariis non aliter appellare licet, quam si dicant per collusionem pronunciatum esse. Rebus integris si suspecta sit collusio, ipsi causam agere non (f) prohibentur.

Etiam dignitas Judicis efficit, ut a sententia ejus appellare non liceat. Hinc appellare fas non est a Principe, a Senatu, Præfecto (g) prætorio, Judice a Principe dato ea lege, ne ab eo provocare (h) liceat, nec a sententia, & responsis consiliariorum Principis in causa, super qua Princeps consultus est, & quam illi (i) examinaverunt; quibus non absimiles supremæ Curiæ, nisi quod jurisdictionem ordinariam habeant, & inconsulto Principe judicent. Ceterum ut olim sententia Præfecti prætorio, quamvis extra provocationem judicabat, precibus Imperatori oblatis retractari (k) poterat, ita & hodie frequens supplicationum usus, quibus affines revisiones, quæ usurpantur, cum contra sententiam majorum Magistratuum provocare non (l) licet. Superioribus exceptis, a quovis (m) Judice appellare licet, tametsi in eo dando auctoritas Principis intervenerit. Ab exequutore autem sententiæ appellare non licet, nisi dicatur modum excedere (n) judicationis, quod non solum in civilibus, sed etiam in criminalibus causis jure civili obtinere cœpit, postquam de pœnis extra ordinem cognosci (o) cœptum. Apud nos in causis criminalibus, quoties extra ordinem, ut plerumque fit, cognoscitur, non est appellationi locus, præsertim ubi condemnatus sua ipsius confessione, & legitimis probationibus (p) convictus est.

Causa appellationem non † admittit, si vel res, de qua judicatum est, dilationem non ferat, & ad utilitatem publicam pertineat; ut si agatur de frumento in usum militum in annonæ subsidia (q) contrahendo, aut de eo, quod Fisco, aut Principi deberi evidenter (r) constet; quamvis alias adversus Fiscum appellari (s) potest; vel si sententia aut nihil, aut non admodum noceat adversario, ut quæ de testamento aperiendo, de hærede scripto in possessionem (t) inducendo lata est, aut de momentaria possessione, ubi integra servatur causa (u) proprietatis, vel si contineat id, quod certo jure tribuitur; veluti pignus vendere licere, aut ex edicto perpetuo quid fieri (x).

Sed neque ab omni genere sententiæ visum est appellari posse, sed ab ea solum, quæ liti finem imponit, quam ideo definitivam appellant. Ab interloquutoria autem jure civili appellare non (y) licet; primum ne frustratoriis dilationibus causa trahatur, atque ex una lite plures non necessario nascantur; deinde si quod damnum causæ afferat interloquutio, sententia definitiva sarcire potest, vel ipse qui interloquutus est, vel Judex (z) appellationis. Quod si id fieri jubeatur; cujus facti damnum sententia definitiva sarciri non (a) potest, aut si ipsa inter-

(e) *d. l.* 4. §. 5. etiam ubi existimationis damnum vertitur. *l.* 2. §. *pen. & ult. quand. appell.*

(f) *l.* 5. §. 1. *l.* 14. *in pr. hoc tit. l.* 29. *in pr. de inoff. test.*

(g) *l.* 1. §. 1. *&* 2. *a quib. appell. non lic. l.* 30. *Cod. h. t. l. un. de off. præf. præt.*

(h) *d. l.* 1. §. *ult. a quib. app.* vulgo ajunt, cui causa delegata est cum clausula: Appellatione remota, de quo in *cap. pastoralis*, 53. *ext. h. t.* Pet. Greg. 2. *de appel.* 20. Marant. *n.* 33. *& seqq.*

(i) *l.* 34. *& seq. C. hoc tit.* Marant. *n.* 251. Potest tamen provocari adversus rescriptum Principis, nempe quod qui rescriptum impugnat, de mendacio, & improbitate consultoris queritur.

(k) *l.* 5. *& auth. seq. C. de precib. Imp. off.* Nov. 83. *c.* 12. Nov. 115. *c.* 1. Cujac. 12. *obs.* 3.

(l) Consule hic Gail. 1. *obs.* 154. *& seq.* Marant. *hoc tit. n.* 12. *& seqq.* Pet. Greg. 1. *de appell.* 6. Myns. 6. *obs.* 15.

(m) An & a Rectore, vel Senatu Academico? Resp. De eo ex speciali cujusque Academiæ privilegio statuendum est.

(n) *l.* 4. *in pr. &* §. 2. *hoc tit. l.* 5. *C. quor. app. non recip.*

(o) *l.* 13. *de pœn.* Nam si adhuc legitimæ essent, non liceret a pœnis appellare, quia hoc esset a lege appellare; quod non licet. *c. consuluit, ext. h. tit.*

(p) Vid. Merul. *lib.* 4. *dist.* 4. *sect.* 5. *tit.* 9. *c.* 7. Nec in cetero Belgio appellationes in criminalibus recipi testatur Leonin. 7. *emend.* 6. nec in Germania Myns. 4. *obs.* 41. Gail. 1. *obs.* 1. *n.* 28. nec in ulla fere parte orbis Christiani. Scaccia 1. *de jud.* 97. *n.* 62. nec ratione caret. vide Pet. Greg. 2. *de app.* 8.

† Nostro jure quædam causæ sunt, quæ licet appellationem admittant, tamen non obstante sententia de his lata exequutioni mandantur, in quibusdam sub cautione, in nonnullis nulla cautione præstita, de quib. Merul. *lib.* 2. *tit.* 6. *cap.* 1. *&* 7. *seqq. & lib.* 4. *sect.* 6. *tit.* 1. *cap.* 2. *& du. seqq.*

(q) *l. ult. in pr. ff. de app. recip.* quod vulgo DD. etiam ad causam alimentorum, quæ privatis debentur, trahunt, varie tamen distinguunt. vide Brederod. *h. tract. p.* 1. *tit.* 19.

(r) Sive ex contractu, sive ex tributorum, aut publicorum causa. *l.* 4. *l. ult. C. quor. app. non rec.*

(s) *l. pen. ff. de appell. recip. l.* 18. *l.* 22. *C. hoc tit.* Pet. Greg. 2. *de app.* 9.

(t) *d. l. ult. in pr. ff. de app. recip. l. ult. C. quor. app. non recip.* Fachin. 1. *cont.* 76. Menoch. *adip. poss. rem.* 4. 807. *& seqq.*

(u) *l. un. C. si de mom. poss.* quam de quovis possessorio accipit Don. 17. *comm.* 4. ut & Gomes. in *l. Tauri*, 45. 194. & recte. Nam jure civili incognita fuit distinctio possessorii summarii, & plenarii. Sarmient. 2. *select. interpr.* 13. sed ea recepta, non est absonum appellationem in plenario possessorio admitti, eoque jure utimur. Gail. 1. *obs.* 7. *n.* 9. VVes. *par. n.* 8.

(x) *l. ult.* §. 1. *&* §. *ult. hoc tit.* & generaliter, quando sententia est notorie justa. Salomon in *l. un. de off. præf. præt.* adde Marant. *num.* 280. *& seqq.* Damhoud. *pr. civ. c.* 234.

(y) *l.* 5. *in fin. l. pen. C. quor. appell. non rec. l.* 2. *de appel. recip.*

(z) Redditur hæc ratio in *l. oportet*, 36. *Cod. hoc tit.* Cujac. 12. *obs.* 3. *&* 6. add. Merul. *sect.* 6. *titul.* 2. *cap.* 1.

(a) Exempla in *dict. l.* 2. *de app. rec. l.* 39. *de min.* vulgo idem censent, si difficulter reparari potest. Gothofr. in *d. l. pen. C. quor. app.* ut si rejecta sit probatio. Surd. *decis.* 13. quod tamen est contra *d. l. oportet*.

terloquutio vim definitivæ (b) habeat, non est prohibita jure civili appellatio. At jure Pontificio indistincte ab omni interloquutione, & gravamine etiam futuro appellari permittitur, & tam ante, quam post litem contestatam, etiam extra judicium præsente parte (c) adversa. Nostro quoque jure permissum est etiam ab ea interloquutione provocare, quæ gravamen continet reparabile; sed injungitur Judici a quo, ut nihilominus in causa definitive procedat, appellanti, ut intra diem vigesimum in specie, & nominatim gravamina sua declaret, quæ scriba curiæ in archivum reponat Judici perlustranda; & si ea Judex a quo intra mensem non reparaverit, potest is, qui appellavit, appellationem suam prosequi, quem si male appellasse pronunciatum sit, relinquitur causa ei porro cognoscenda, & definienda, qui de ea cognoscere cœpit; sin bene, devolvitur ad Judicem (d) appellationis. De numero appellationum breve est, quod jure constituitur: nempe vetat in eadem lite, eademque re tertium (e) provocare, quod tamen non videtur judiciorum nostrorum observare (f) consuetudo.

Ubi admittitur jure appellatio, duo nihilominus in ea observanda: tempus appellandi, & forma appellationis interponendæ. Cuilibet, qui appellare volet, spatium decem dierum nova Justiniani (g) constitutione datum est, ultra quod appellare non liceat, quod tempus ex die sententiæ latæ computandum est, si adversus præsentem pronunciatum fuerit: sin adversus absentem, ex quo quis sciet, nisi procurator (h) adfuit; non computantur autem dies, quibus neque Judicis a quo, neque ejus, qui appellatur, adeundi in publico facultas est; ceterum si alterutrius copia fuit, præscriptio locum habet. Forma, quam dixi, hæc est: Si quis apud acta eodem die, idest, illico viva voce appellet, satis est, si dicat (i) appello; sin vel alio die, vel non apud acta, per libellos appellatorios appellandum est, qui offerantur Judici, a quo (k) appellatur. Hi libelli ita concipiendi, ut habeant scriptum, & a quo dati sint, hoc est, quis appellet, & adversus quem, & a qua sententia; causam autem appellationis, aut eum, qui appellatur, non est necesse comprehendi. Sed & omisso eo, contra quem appelletur, nihil oportet (l) præscribi. Quod si Judex a quo appellationem non receperit, vel eo nomine appellare (m) licebit: cujus appellationis idem Judex erit, qui futurus esset, recepta appellatione. Ad hanc autem hoc modo pervenitur: si Princeps appellandus est, ei supplicabitur; sin alius, poterit is adiri etiam sine literis dimissoriis, dummodo intra constituta tempora appellatoria, aut Princeps adeatur, aut competens (n) Judex. Vis hujus appellationis eadem, quæ receptæ, ut omnia in eodem statu maneant, nihil novetur ab eo, qui appellationem rejecit, utque is opinionem suam per relationem manifestet, & causam cur non receperit, cujusque exemplum litigatori (o) edat. In summa tamen cognitionis hoc interest, quod ubi Judex causam reddidit per relationem, cur non receperit appellationem, posterior Judex non debeat de sententia prioris Judicis, cognoscere prius quam cognoverit justa ea causa sit, (p) nec ne, & si justam esse constiterit, non ulterius

(b) De quo *sup. c.* 45. atque hic ita proceditur, ac si a definitiva appellatum esset. Consule P. Greg. 2. *de app.* 4. Mynf. 4. *obs.* 46. Gail. 1. *obs.* 129. *& seq.* Vestr. *pr. aul. Rom.* 3. *cap.* 16. *&* 7. *c.* 3. *num.* 2. *&* 3. Marant. *num.* 140. *& seqq.* Merul. *lib.* 4. *distinct.* 4. *sect.* 6. *tit.* 2. *cap.* 4.

(c) *Cap. super, ext. h. t. c.* 1. *&* 3. *eod. in* 6. *c.* 2. *de dol. & contum. in* 6. *clement. sicut. eod.* Pet. Greg. 2. *de app.* 18. Marant. *n.* 354. VVesemb. *par. n.* 8.

(d) *Art.* 215. *& seq. Instruct. Cur. Holland.* junct. *art.* 31. *ampliation. ejusd. Instruct.* Merul. *cap.* 3. *& aliquot seqq. d. sect.* 6.

(e) *l. un. C. ne lic. in una, eademque caus.* Nov. 82. *c.* 5. Quod & Plato quoque olim definivit *dial.* 6. *&* 12. *de legib.* Recte autem DD. docent, hanc constitutionem pertinere, tum ad unum, idemque capitulum, tum ad unam, eandemque partem, ita ut actori, & reo singulis bis, & ita quater liceat Provocare. Specul. *h. tit.* §. *quoniam*. Marant. *n.* 280.

(f) Memini cum operam forensem tractarem, etiam in tertia appellatione frustra petitum, ut clausula inhibitionis induceretur. In Camera quoque tertiam appellationem ejusdem recipi testantur Gail. 1. *obs.* 72. *num.* 3. Mynf. 1. *obs.* 15.

(g) Nov. 23. *Auth. hodie, C. h. tit.* Convenit *art.* 198. *Inst. Cur. Holland.* olim in propria causa dabatur biduum, in aliena triduum. *l.* 6. §. *pen. C. h. tit. l.* 1. §. *biduum, & seq. ff. quand. appell.*

(h) *d. l.* 1. §. *biduum, & seqq. art.* 128. *dicta Instr. in fin.* Merul. *lib.* 4. *dist.* 2. *tit.* 2. Gail. 1. *obs.* 139. Marant. *num.* 203. *& seq.*

(i) *l.* 2. *l.* 5. §. *ult. ff. l.* 14. *Cod. hoc tit.* idque sufficit, ut cognitio devolvatur, non ut pro introducta habeatur appellatio. Ant. Fab. C. *suo, hoc tit. defin.* 12. Ceterum a simplici interloquutoria appellatio in scriptis interponi, & causa gravaminis instrumento appellationis in specie inseri debet. Gail. 1. *observ.* 130. Mynf. 3. *obs.* 15. Merul. *lib.* 4. *dist.* 4. *sect.* 6. *tit.* 2. *cap.* 4.

(k) *l.* 1. §. *ult. l.* 7. *ff. l.* 6. §. *pen. C. hoc tit.*

(l) *d. l.* 5. §. *ult. l.* 3. *in pr. cod.* De apta horum libellorum conceptione Pet. Greg. 6. *de appell.* 4.

(m) *l.* 19. *C. hic.* Igitur ad cautionem appellantis pertinere tradunt, ut a rejecta quoque, seu negata delatione appellet, cum alias rejectio, & sententia in judicatum transeant. Gravat. ad *Vestr. lib.* 7. *pract. cap. ult. n.* 23. idque & in appellatione ab interloquutoria obtinere. Pet. Greg. 8. *de appell.* 2. *n.* 13.

(n) *l.* 5. §. 1. *& ult. de app. recip.* Constituta autem tempora accipiemus non decem illos dies, intra quos appellari potest; sed ea tempora, intra quæ res ad superiorem judicem jubetur ex appellatione deferri. *de quo, c. seq.*

(o) *l. pen. ff. de appell. recip. l.* 3. *C. hoc tit.*

(p) Nam cum ex causis, quas exposuimus, Judex prohibeatur recipere appellationem. *tot. tit. Cod. quor. app. non rec.* id utique agitur, ne amplius de eadem re audiatur appellans, sed sententia exitum habeat.

terius (*q*) progredi; nulla autem causa rejectæ appellationis reddita; aut ea, quam falsam esse, aut injustam postea comperiatur, potestas fit de integro litigandi haud aliter, quam recepta appellatione (*r*).

CAPUT LIV.

Quæ sit ratio appellationis introducendæ.

Recepta appellatio introducenda est in adjutorium Judicis, qui de ea cogniturus est. Introducendæ hæc ratio; ut adeatur Judex, quem appellari convenit; ut ad eum deferatur appellatio; ut deferatur eo modo, quem jus civile præscribit; ut hæc omnia peragantur intra tempora constituta. In primis eum Judicem adiri oportet, cui de appellatione cognoscendi jus est, qui vulgo Judex ad quem dicitur, aut ejus consiliarios, eosve, qui (*ſ*) causas introducunt; quod locum habere existimo, cum appellatio defertur ad (*t*) Principem. Necesse autem est, ut is qui appellatur major sit eo, a quo (*u*) appellatur; eumque proxime (*x*) sequatur. Et si quidem appellatur a Judice dato, semper is appellari debet, qui eum (*y*) dedit; sin ab eo, qui pro jurisdictione sua judicat, si quidem mandata est jurisdictio, ille appellandus est, qui provocaretur ab eo, qui jurisdictionem (*z*) mandavit; si non mandata, hic olim ordo fuit: A Magistratu municipali, aliove Judice in Provinciis sedta appellabatur præses; qui si nullus esset, placebat Romam appellatione delata appellari Præfectum (*a*) urbi. Ad eumdem provocabatur & a (*b*) Prætoribus; a Præfecto, & Præsidibus provinciarum, sive ex appellatione, sive ex delegatione, sive ex ordine judicassent; solus appellabatur (*c*) Princeps, in qua appellatione varii Judices pro genere appellationis, & litis æstimatione (*d*) constituti. Sed hæc, mutata imperii forma, obsoleverunt. Illud manet, quod de judicibus datis diximus, eum provocari, qui dedit; ut & illud, quod vulgo dicitur, appellationem gradatim fieri debere, idest, ab inferiore ad superiorem proxime, & immediate sequentem appellandum (*e*) esse. Nam si omisso intermedio Judice provocetur superior, causa ad eum remitti (*f*) solet; nisi is, adversus quem appellatur, in illum superiorem consentiat; quod tacite facere intelligitur, si non contradicat (*g*).

Etiam appellationem a se interpositam appellator deferre debet, hoc est, petere a Judice appellationis causa adito, ut is de appellatione (*h*) cognoscat, & judicet; offeratque ei, si consequi potest, literas dimissorias a Judice a quo, testes receptæ appellationis, & ad superiorem dimissæ, quas (*i*) Apostolos vocamus. Halce literas Judex a quo dare jubetur, etiam non petente appellatore, & quidem sine ulla frustratoria dilatione, idque intra triginta dies; ni fecerit, eadem pœna plectitur, quæ constituta est adversus eum, qui non admisit (*k*) appellationem. Ita autem denegatio Apostolorum litigatori non nocet, si eos sæpius, & instanter intra præstitutum tempus petierit, idque ipsum contestatus sit (*l*).

Ad

(*q*) Quare quod in *l.* 19. *Cod. hoc tit.* traditur, non recepta appellatione, apud superiorem de integro litigari, id tunc obtinet, cum nulla causa reddita appellatio recepta non est.

(*r*) Atque hoc casu, ut dixi superiori constitutioni locus est, quæ & pœnam non recipienti minatur, licet in hoc vix observetur, teste Damhoud. *prax. civ.* 231. *n.* 4.

(*ſ*) Nov. 119. *c.* 4. *Auth. si appellatione*, Cod. *de temp. & repar. appell.*

(*t*) *Arg. l. præcipimus*, 32. §. 2. *&* 4. *C. h. t.*

(*u*) Nov. 23. *c.* 1. Neque enim convenit, ut par paris, multoque minus, ut minor majoris acta convellat. Marant. *p.* 6. *h. t. n.* 3. P. Greg. 1. *de app.* 35 *n.* 2.

(*x*) *l. Imperatores*, *in pr. h. t.* Convenit *art.* 205. *Instruct. Cur. Holland.* Marant. *num.* 357. *& seq.* Gail. 1. *obſ.* 119.

(*y*) Vel successor ejus. *l.* 1. *in pr. quis a quo app. d. l.* 31. §. 5. *Cod. h. tit.*

(*z*) *d. l.* 1. §. 1. cui obstare videtur *l.* 1. *c. qui pro sua jurisd. in fin.* Sed loquitur manifeste de iis, quibus causæ cognitio delegata est, idest, de Judicibus datis; non autem, quibus mandata est jurisdictio. vide Fachin. 1. *cont.* 78. Quod autem a sententia legati Proconsul appellabatur *l.* 2. *quis a quo*, speciale fuisse existimo cum Cujac. 7. *obſ.* ubi ratio.

(*a*) *l.* 7. junct. *l. cum appellatio*, 23. C. *h. t.*

(*b*) *l.* 17. C. *eod.* Prætores autem ipsi non appellabantur, nisi a judicibus datis.

(*c*) *l.* 19. C. *h. t.* Stante repub. ad quos provocatio fieret, docet Cujac. 21. *obſ.* 63. Pet. Greg. 4. *de appel.* 11.

(*d*) Vide *l.* 32. *l.* 37. *& seq. Cod. hoc tit. l.* 10. §. 1. *ff. eod.* Nov. 20. Nov. 23. *cap.* 4. Nov. 24. *cap.* 5. *&c.*

(*e*) *l.* 21. *h. t.* Marant. *n.* 327. Pet. Greg. 1. *de app.* 3. *&* 4. VVesemb. *par. n.* 9. Quamquam in quibusdam pagis hujus provinciæ id non semper observatur, quorum incolæ sæpe Baillivi, & Parium Curiæ tribunal prætereunt. Merul. 4. *dist.* 2. *tit.* 2. *c.* 1.

(*f*) *d. l.* 21. Aut saltem perinde habetur, ac si is provocatus esset, qui immediate sequitur. per *l.* 1. §. 3. *hoc tit.* & ibi DD.

(*g*) Panorm. in *c. dilecti*, *ext. h. t.* Alia exceptio est in materia aggerationum *art.* 22. *Instr. supr. Cur.* adde Mynſ. 1. *obſ.* 67. Marant. *h. t. n.* 362.

(*h*) Nov. 50. *cap.* 1. *l.* 37. *verſ. pen.* C. *hoc t.* Gail. 1. *obſ.* 140. & pars adversa oblato Senatui supplici libello citanda est. *art.* 206. *Instruct. Curiæ Holland.* observaturque in judiciis, ut una cum citatione decernatur inhibitio. Gail. *d. obſ.* 144. Merul. *d. tit.* 2. *cap.* 4.

(*i*) *l. un. de libell. dimissor. l. dimissoriæ*, 106. *de V. S.* de quibus plenius Cujac. 24. *obſ.* 29. Gœd. ad *d. l.* 106. *de V. S.* VVurmser. 24. *obſ.* 23. Marant. *p.* 6. *nu.* 219. *& seqq.* Pet. Greg. 6. *de app.* 1. *&* 7.

(*k*) *l.* 6. §. *ult.* junct. *l.* 24. C. *h. t.* adde Bachov. in *Treutl. p.* 2. *disp. ult. th.* 8. *lit.* E, F, G.

(*l*) *d. l. un. in fin. c. ab eo*, §. *illud*, *extr. h. t. in* 6. alioqui appellationi renunciasse censetur VVesemb. *par. de libel. dimiſſ. n.* 4. Jure tamen Can. sufficit, & usu receptum; ut simul uno contextu, atque in ipsa appellatione instanter, & sæpius peti liceat. *Clem. quamvis rigor*, *h. t.* Vestr. 7. *pr.* 3. *n.* 55. & ibi Gravat. In hisce regionibus nullus, quod sciam apostolorum usus; & in camera quoque impune eorum petitio omittitur. Myn. 4. *obſ.* 26. Gail. 1. *obſ.* 139. *n.* 15.

Ad hæc interposita provocatione curare litigator debet, ut acta prioris judicii, ac Judicis relationem deferat ad Judicem appellationis, quorum utrumque etiam ei præstare debet Judex a quo, literasque ad superiorem dirigere, quibus opinionem suam (m) exponat. Hujus autem opinionis exemplum illico litigatoribus apud acta edendum, ut si cui relatio minus plena, vel contraria videatur, is refutatorias preces opponat, quas similiter apud acta sine aliqua frustratoria dilatione offerat, sicut facere jubetur, si adversus exemplum consultationis, idest, relationis, quæ ad Principem dirigitur (sic dictæ, quia per consultationem imploratur audientià Principis) hujusmodi preces opponere (n) velit. Eadem enim omnium relationum, & libellorum refutatoriorum ratio, nempe ut his cognitis de plena veritate constare possit: ita autem potest, si relationes vel allegationibus refellantur, vel probentur assensu litigatoris nihil edito exemplo (o) respondentis. Hinc autem perspicuum est, non idem esse preces refutatorias, quod libelli appellatorii, aut apostoli, cum preces refutatoriæ dicantur libelli, qui continent allegationes, quibus (p) refutatur relatio Judicis antea edita. Quod si appellator superiora sibi petere neglexerit, perinde appellatio deserta habetur, ac si apostolos petere (q) neglexisset. Petenti autem si intra tempus ad rem definitum reddita non erunt, nihil obesse puto, quominus de appellatione cognoscatur. Sed & Judici non reddenti mulcta dicitur, & in appellatione ad Principem irrogatur (r) infamia.

Tempora, intra quæ appellatio introduci debet, pro varietate Judicum, & locorum varia (s) constituta. Consultationibus annus datus sine discrimine locorum. Idem tempus constitutum, cum appellatur quidem Magistratus, sed ex remotioribus Provinciis appellatio defertur. Cum autem ex aliis partibus imperii Magistratus provocatur, novem menses appellationi introducendæ constituti. Ideo autem & in hac specie novem menses, & in præcedenti annum esse dicimus, quia in utraque tres menses numerantur, intra quos liceat petere reparationem appellationis a Principe. In consultationibus autem reparatio locum nullum habet, post tempus ad eas introducendas constitutum. Quod idem nominatim cautum est, cum a pedaneis Judicibus appellatur in eadem urbe; in qua item specie non amplius, quam quinque menses ad inducendam appellationem dati. In consultationibus quoque nulli dies fatales; in aliis autem appellationibus certi dies in fine cujusque temporis constituti, quibus solis appellationem inducere liceret, quos fatales appellavere, quod iis non observatis appellatio expiraret, & quasi fato fungeretur. De quibus operæ pretium non est pluribus (t) disserere. Vulgo nunc omnia ea tempora, quæ tum ad interponendam appellationem, tum ad deferendam, eamque introducendam, & prosequendam constituta sunt, ita ut his non observatis appellatio deserta habeatur, nomine fatalium comprehendunt (u).

CAPUT LV.

Appellationis introductæ quæ vis, & effectus; tum quid Litigatores, & Judicem, ea introducta, facere conveniat.

Appellatio ad hoc comparata est, ut rescindatur, & in melius reformetur sententià, a qua (x) provocatum est. Et notandum hoc beneficium victori cum victo commune esse, si quid & ipse appellatione introducta minus se ea sententia consequuturum conqueratur; in tantum, ut absentis partes Judex pro officio implere (y) debeat. De sumptibus tamen querenti non licet aliis Judicibus consulere,

(m) *l.* 15. *l.* 19. *l.* 24. C. *h. t.* De hujusmodi actorum editione, & de compulsorialibus Gail. 1. *obs.* 134. facit, *art.* 210. *Instr. Curiæ Holland.* cetera usu fere abrogata.

(n) *l.* 1. *& du. seqq.* C. *de relat.* De consultationibus vide Pet. Greg. 1. *de appel.* 4. Marant. *p.* 6. *num.* 7. *& tr. seqq.*

(o) *l.* 2. C. *d. tit.* adde & hunc finem, ut his editis, & cognitis sic instruatur superior, ut propemodum actorum recensione non sit opus *l. ult.* C. *eod.*

(p) *d. l.* 1. C. *eod.* Apostoli vero, sive literæ dimissoriæ nullam refutationem continent. Vide & Cujac. 22. *obs.* 33.

(q) *l.* 18. C. *h. t.* quod sic accipio, si neglexerit petere instanter, & sæpius, uti de Apostolis diximus.

(r) Illud est in *l. judicibus*, 24. *h. tit. de appell.* hoc in *l. ne causas.* C. *eod.*

(s) Qui apud nos appellationem prosequi volunt, tenentur eam denunciare intra 20. dies, ab interposita appellatione numerandos. *art.* 204. *Instr. Cur. Holl.* aut si a Senatu provinciali provocatum est, intra dies 40. *art.* 216. eaque omnia procurare, quæ *d. art.* 206. continentur; alioqui appellatio pro deserta habetur. Quod si opera accensi dies comparationis nimium fuerit prorogata, fas est citato eam decreto Judicis anticipare. *artic.* 207. Quid juris, si die præfixo citatus, aut appellator non compareat? De eo cautum *art.* 114. *priore, & art.* 209. Porro de appellatione deserta, quæ, & quamobrem talis habeatur, adiri poterunt Marant. *n.* 408. *& seqq.* Gail. 1. *obs.* 147. *& seqq.* Mynf. 2. *obs.* 59. *& seq.* VVurmser. *tit.* 24. *obs.* 21. *& seq.* Vest. 3. *pr. à la Rom. cap.* 6. Pet. Greg. 8. *de appell.* 2. *&* 3.

(t) Vide *l.* 2. *l.* 3. *l. ult.* C. *de temp. & rep. app.* Nov. 23. *cap.* 1. *Auth. sed & lis*, C. *d. tit.* Nov. 82. c. 6. adde Cujac. *par. ad d. tit.* C. *de temp. app. &* 18. *obs.* 38. *&* 12. *ob.* 4. Don. 28. *comm. cap.* 7.

(u) De fatalibus introducendæ appellationis Pet. Greg. 6. *de app.* 8. *&* 9. Mynf. 3. *obs.* 94. *&* 6. *obs.* 12. Gail. 1. *obs.* 140. De restitutione adversus lapsum fatalium idem Gail. 1. *obs.* 153. Mynf. 5. *obs.* 98.

(x) *l.* 1. *in pr. ff. h. t. de appell.* Vulgo appellationis inductæ effectus duo præcipui statuuntur; suspensivus, & devolutivus. Vid. Pet. Greg. 6. *de appell.* 11. *& seq.*

(y) *l. ult.* C. *hoc t.* Atque hoc est, quod tradunt DD. posse appellatum adhærere appellationi ab adversario interpositæ, perinde ac si ipse appellasset, quamvis appellans desistat. Mynf. 2. *obs.* 21. Gail. 1. *obs.* 122. *n.* 3. *& seq.*

solere, quam iis, qui ex consultatione cognoscunt, nec aliter, quam appellatione non (z) interposita. Ceterum hæc vis est appellationis, si sententia, a qua provocatum est, injusta sit; justam enim sua sententia confirmare debet is, qui (a) appellatur. Videamus ergo quid hic tum litigatores, tum Judicem facere conveniat. Ad illos quod attinet, quoniam appellator de sententiæ iniquitate queritur, officium ejus est, causam appellationis exequi, & docere, se juste (b) appellasse. Qua in re ad defensionem juris sui etiam novis probationibus, dum ad novum capitulum non pertineant, uti potest; quod & victori (c) tributum; aliasque rationes, quam quas libello appellatorio complexus est, in agenda causa (d) reddere. Sed hic duplex cautio est; refert enim & a quo causæ appellationis reddantur, & intra quæ tempora. Is, qui appellavit, etiam causam appellationis reddere potest, sive suo nomine agat, sive alieno; sed si suo semper, si alieno hactenus, dum dominus litis jure non prohibeat; nam huic, quoties ei visum erit, causæ suæ actio permittitur, etiam invito; & non cessante (e) procuratore. Excipiendi hic nobis pupilli, & adulti, quorum tutor, aut curator appellavit; quibus non permittitur causam appellationis persequi, nisi, pendente ea, tutela, aut cura (f) finita sit. Sed & finita ea si minor cessaverit, causam a se cœptam tutor, & curator persequi coguntur, donec rationes reddiderint; usque adeo, ut & hæredes eorum in periculum medii temporis (g) succedant. Quibus autem causas appellationis reddere licet, iisdem & per procuratorem licet in iis causis, quæ ab initio procuratorem non (h) respuerent. Reddendæ causæ, exercendæque appellationi annus præstitutus est, quo exacto perinde priori sententiæ standum, ac si provocatum non esset; nisi tamen appellator doceat, se judicis injuria, aut alia inevitabili causa prohibitum (i) fuisse; quo probato accedit alter annus. Transacto autem biennio vetatur amplius audiri, præterquam si cum res ageretur in consistorio Principis, per Procerum ordinem publicis negotiis occupatorum factum sit, quominus sententia intra biennium (k) ferretur. Adhæc si de causa appellationis compromissum sit, placet interim dum arbitri cognoscunt, fatalia prosequendæ appellationis (l) non currere. Denique hæredibus appellatoris præter legitimum tempus, quod vivo superererat, quatuor menses indulti, numerandi ex quo tempus ad deliberandum concessum (m) præterierit.

Quæ Judicem in causa appellationis facere oportet, pleraque cum primo judicio communia, nonnulla etiam hujus propria. Communia, ut litigatores intra tempora constituta audiat, ut pendente appellatione nihil innovet, sed omnia perinde habeantur, quasi nec judicatum (n) esset, ut si causæ appellationis redditæ sint, de his cognoscat, merita consideret, ipse judicet, & propria sententia causam determinet, non ad suum Judicem negotium (o) remittat; ut pronunciando declaret priorem sententiam justam, vel injustam (p) esse secundum eas leges, quæ in priori judicio (q) valuerunt; victum etiam de fructibus, & in sumptus (r) litis, aut si de facto agitur, in id,

(z) Quæ sententia est *l. ult.* Cod. *quand. prov. non est nec.*

(a) *l. 6. in fin. pr.* C. *hoc t.*

(b) *l. ult.* §. *ult. ff. l.* 7. C. *hoc t.* Vulgo justificationem appellationis nominant, de quo copiose differit Brederod. *hoc tr. p. 2. tit.* 33.

(c) *l. 6.* §. 1. C. *eod. l.* 4. C. *de temp. & rep. app.* vide Mathesilan. *sing.* 24.

(d) *l. 3. in fin. ff. hoc tit.* Et si plura gravamina proposuit, sufficit, vel unum ex his probare, per *l.* 13. §. 1. *eod. cap. significavit*, *tit.* 48. *ext. eod.* Brederod. 35. §. *si plura gravamina.*

(e) *l. tutor*, 27. *ff.* junct. *l. 9. eod.* facit etiam responsum J. C. in *l.* 2. *an per alium causa appell.* quamvis quæstio de procuratore cessante proposita.

(f) *l. ult.* §. *ult. hoc t.* Fortassis ideo, quia quamdiu supersunt, qui primi experti sunt, non sunt invito adversario alii admittendi, qui causam idonee tueri non possunt.

(g) *l. pen. hoc t. l. un.* §. *ult. si pend. appell. mors interven. l. ult. si tutor, vel curator app.*

(h) *l.* 18. *hoc tit.* junct. *l.* 1. *an per al. ca. app.* adde *cap. sæpe contingit*, 44. *cap. interposita*, 70. §. 1. *ext. h. tit.* Quibus in causis procurator ab initio intervenire nequeat, docui *sup. lib.* 3. *c.* 10.

(i) *Auth. ei qui*, Cod. *hoc tit. l. ult.* §. 4. C. *de temp. app.* De hisce fatalibus, quæ prosequendæ, & finiendæ appellationis vocant, consulat, qui volet, Mynsing. 1. *obs.* 31. & 5. *obs.* 57. Pet. Greg. 6. *de appel.* 10. Gail. 1. *obs.* 141. Vestr. 3. *pract.* 5. Marant. p. 6. *num.* 218. & *seqq.* Unde discet vix ullibi locorum rationem horum fatalium haberi, sicuti nec fatalium primæ instantiæ, ut notavi *sup. cap.* 38. *in fin.* quamvis tempora interponendæ, & introducendæ appellationis diligenter ubique serventur.

(k) *l. ult.* §. 3. C. *de temp. appell. auth. sed & lis.* C. *eod.* ex qua tamen *auth.* minime colligi potest, quod ex ea collegit Gail. *d. obs. nu.* 7. ob multitudinem causarum fatalia prosequendæ appellationis posse non attendi, ut in Camera.

(l) *Auth. si tamen*, C. *d. tit.* Cujac. in Nov. 93. an alias conventione partium hæc fatalia extendi possint, vide Gail. *d. obs.* 141. *n.* 6. & in contrarium Gravat. ad *Vestr.* 7. *pract. c. ult. n.* 42.

(m) *l. ult.* C. *si pendet. appel. mors interv.*

(n) *l.* 3. Cod. *hoc tit. l. un. nihil innov. app. interp.* & curare debet, ut attentata reparentur. *c. bonæ*, 51. *ext. hoc tit. & similib.* Damhoud. *prax. civ. c.* 243. *n.* 2. & DD. passim.

(o) *l. 6. in pr. &* §. 3. *Cod. eod.* Adeoque etsi ab interloquutoria appellatum sit, tota tamen causa ad superiorem devolvitur, si male judicatum pronuncietur. Gail. 1. *obs.* 131.

(p) *d. l. 5. in pr.* Nec refert bene, vel male appellatum dicat; an bene, vel male judicatum; sive hæc, ut fere usus fori est, conjungat. VVurmf. *tit.* 24. *obs.* 28.

(q) Nov. *ut cum de app. cogn. c.* 1. add. P. Greg. 8. *de appel. n.* 10.

(r) Et indistincte quidem si appellans succubuit. *c. finem, de dol. & contum.* Gail. 1. *obs.* 154. *n.* 4. Sed si pars appellata, non aliter, quam si ex iisdem actis victa sit, Gail. *d. obs.* 152. *n.* 2. Sich. ad *l.* 12. §. 1. *Cod. de reb. cred. n.* 10.

in id, quod intereſt, condemnet. Si nullæ cauſæ appellationis redditæ, nihilominus, & hic rem judicatam ſententia ſua confirmet; poſtremo, ut quamcumque ſententiam dixerit, eam ipſe (ſ) exequatur; quod tamen vulgo ſic acceptum eſt, niſi propter deſertionem, aut lapſum fatalium prior ſententia confirmata, aut ab interloquutoria male appellatum eſſe (t) pronunciatum ſit. Propria hujus judicii ſunt: primum, quod non ſemper cogitur Judex appellationis ipſe ſententiam dicere, ſed quandoque cauſam (u) inferiori delegare poteſt; deinde quod ſententiam ferre poſſit, vel uno ex litigatoribus præſente, ac proinde etiam lite non (x) conteſtata. Præterea quod diximus, appellatione pendente nihil innovandum, id etiam ſuas exceptiones (y) habet, tum in pœna criminis, tum in ſequeſtratione. In pœna criminis, ſi quis ex pluribus facinoribus condemnatus propter leviora appellavit, ex eâ autem ſpecie non appellavit, ex qua graviorem pœnam meruit; nam major pœna omnimodo (z) imponitur. In ſequeſtratione duabus in cauſis: una eſt, cum ab exequutione appellatur; ubi hoc cautum, ut ſi res, de qua agitur, mobilis ſit, ea ipſa ſequeſtro collocetur; ſin autem de poſſeſſione, aut fundo exequutio ceſſaverit, ſuſpendente eam appellatione, non res ipſa, ſed fructus interim ſequeſtrentur, jure rei penes appellatorem (a) conſtituto. Altera cauſa eſt, ſi cum a ſententia provocatum ſit, poſſeſſor doceatur fructus populari; nam & hoc caſu fructus apud ſequeſtrem deponi (b) placuit. Eſt & illud appellationis proprium, quod Judex pœnam imponere jubetur ei, qui temere appellavit, quæ & certa poſtea definita (c) eſt; nec evitari poteſt, niſi aut tempeſtive appellationi (d) renuncietur, aut de negotio nondum finita lite (e) tranſigatur. Plane hæredem etiam introductæ appellationi impune renunciare poſſe (f) exiſtimo. Poſtremo in criminibus hoc hujus judicii peculiare, quod etſi reus, qui appellavit, pendente appellatione deceſſerit, bonorum tamen quæſtio, quæ morte rei una cum crimine in (g) primo judicio extingueretur, in hoc adhuc ſuperſit (h).

De arbitris.

CAPUT LVI.

Quæ arbitrii vis, & poteſtas.

Emergentes e proceloſa judiciorum periodo afflare cœpit aura placidior. Expandamus igitur vela, lenique vento provectæ rates bonos, & prudentes viros ſecum afferent, quorum fideli, minimeque ſuſpectæ ſententiæ ſe ſubjiciant, qui reformidantes ſumptus, moras, aliaque incommoda, & difficultates judiciorum, lites quam citiſſime, nec tamen minus ex fide, & prudenter dirimi velint. Et nimirum expedito judicio neceſſario ſupererat adhuc voluntarium illud, Judicium ſcilicet ex conſenſu ſumptorum, quod ex re arbitrium, ex facto litigatorum compromiſſum (i) appellatur; quod & ipſum ad finiendas lites pertinet, easque, quas diximus, utilitates ſuis conditionibus habet. De arbitris duo potiſſimum cognoſcenda; quæ ſit vis, ac poteſtas cujuſque arbitrii ad litem finiendam; an ſi recuſet arbiter ſententiam dicere, cogi poſſit. Ut arbitrium litem finiat, duo hæc requiruntur: ut jure non improbetur; ut non improbatum leges tueantur. Quod ad prius attinet, eſt quod jus exigit in rebus, quibus arbitrium conſtat; eſt item, quod exigit in facto arbitri. Conſtat arbitrium hiſce quatuor: arbitrio; litigatoribus; re, de qua agitur; & lege, qua poteſtas arbitrandi defertur. In arbitrio exigitur, ut ſit idoneus; neque enim quivis arbiter ſumi poteſt; non qui ſumitur de re ſua; non item, qui

(ſ) *d. l. 6. in pr. arg. l. 8. Cod. hoc tit. Auth. ſi quis litigantium*. C. *de Epiſc. & Cler.* Verbis, per ſententiam ſuam confirmet, & exequutioni propriæ tradat, quæ verba ſatis refellunt P. Greg. 8. *de app.* 5. *n.* 4.

(t) Mynſ. 4. *obſ.* 94. Gail. 1. *obſ.* 131. *nu.* 2. Brederod. *hoc tr. p.* 2. *tit.* 41. eod. VVurmſ. *tit.* 24. *obſ.* 27.

(u) Quod permittitur Præfecto prætorio, ſi vel negotii mediocritas, vel longinquitas regionis ad eum venire litigatores ſine evidenti incommodo non patiatur. *l.* 26. C. *hoc tit.*

(x) *l. ult.* §. 4. C. *de temp. app.* quæ & comm. DD. ſententia, teſte Franc. de Cald. ad *l.* 3. C. *de in int. reſt. in defin.* 5. *per quod priſtinum jus recipiat*.

(y) De attentatis conſulere licebit Guid. Pap. *deciſ.* 213. Afflict. *dec.* 251. *& ſeq.* Veſtr. 8. *pr.* 4. Mynſ. 1. *obſ.* 26. *&* 3. *obſ.* 33. Gail. 1. *obſ.* 144. *& du. ſeqq.* Pet. Greg. 7. *de app. toto*.

(z) Diſtinctio tradita in *l. un.* §. *ult. nih. inno. app. interp.*

(a) *l.* 5. C. *quor. app. non rec.* De appellatione ab exceſſu in exequendo, itemque de pronunciatione de exequendo. Gail. *de arreſt. imp. c.* 11. *n.* 20. Mynſ. 3. *obſ.* 32. Pet. Greg. 2. *de app.* 11. Marant. *h. t. n.* 259. *& ſeqq.*

(b) *l. Imperatores*, 21. §. *ult. ff. h. t.*

(c) *l.* 6. §. 4. C. *eod.* junct. *l.* 5. C. *quor. app. non rec.* Noſtris dicitur; *Boete van 't fol ofte frivol. appel.* de quo cautum *art.* 211. add. Marant. p. 6. *num.* 346. Damhoud. *c.* 24. P. Greg. 8. *de app.* 5. Merul. 4. *diſtinct.* 2. *c.* 14.

(d) Tempeſtive autem renunciare intelligitur, qui uſque ad libellos appellatorios tantum proceſſit, neque induxit appellationem. *l.* 28. C. *h. t.* Noſtro jure intra octiduum ab interpoſita appellatione renunciandum, *art.* 199. ubi & alia.

(e) *l.* 8. *Cod. hoc tit.* vide *art.* 201. *Inſtr. Cur. prov.*

(f) Nam hæres in pœnam non ſuccedit. *l. pen. de op. no. nunc.* Nec obſtat *l. un. pr. ſi pend. app. mors int.* cauſas enim appellationis reddere tenetur, ſi alterius intereſt, non ut, ſi id non fecerit plecti debeat, ſed ut rei prius judicatæ ſtetur. *l.* 1. *Cod. d. tit.*

(g) *l.* 3. C. *ſi reus, vel accuſ. mort.*

(h) *l. un. verſ. quamvis, ff. l.* 3. C. *ſi pend. app. mors int.* add. P. Greg. 6. *de appell.* 15. *n.* 4. *& ſeqq.*

(i) Nempe quod litigatores compromittere, hoc eſt, ſimul & invicem pœnam promittere ſoleant, ſi quis eorum ſententiæ arbitri non ſteterit. *l.* 3. §. 2. *l.* 11. §. 1. *ff. l.* 1. *Cod. hoc tit.*

qui Judex ejus rei de (*k*) qua sumitur; in universum autem arbitri non esse possunt, qui Judices esse (*l*) prohibentur. In litigatore, ut arbitrium cum eo consistere possit; cum iis autem solis potest, qui judicio agere, aut conveniri (*m*) possunt. In re, ut de ea arbiter sumi possit; non potest autem de famoso delicto, de re publici judicii, de liberali (*n*) causa. Ac neque de iis rebus arbiter judicare potest, quæ post compromissum (*o*) acciderunt. In lege, ut ne ita sumatur, ut certam (*p*) sententiam dicat, sed ut dicat quod ipsi videatur. Atque hæc, quæ diximus, ejusmodi sunt, ut non solum sine horum aliquo ab initio nullum sit arbitrium, sed etiam, si quid eorum postea esse desierit, solvatur. Moriatur ergo arbiter, solvitur compromissum; in tantum, ut quamvis jusserit litigatorem adesse Calendis, si ante Calendas moriatur, pœna non committatur adversus eum, qui non (*q*) adfuit. Idem est, si dies compromisso dictum exierit, nisi nominatim ita sumptus sit, ut liceret ei diem arbitrii proferre, & (*r*) protulit. Moriatur unus ex litigatoribus, in compromisso hæres non succedit, nisi ejus quoque mentio facta sit ab utraque (*s*) parte. Similiter de re transactum sit, aut acceptilatione, reive interitu sublata obligatio, compromissum solvitur.

In facto arbitri quædam jus exigit ante sententiam, quædam in genere sententiæ, quædam in circumstantiis. Ante sententiam, quæ exiguntur, communia illi sunt cum Judice, nempe ut ante sedem judicialem sacrosanctas Scripturas positas habeat; ut jusjurandum de calumnia primum a partibus, mox etiam a patronis causæ exigat; ut causam discutiat, & (*t*) cognoscat. In genere sententiæ, ne quid inhonestum jubeat, aut quid statuat, præterquamquod ei ex compromisso licet; ut puta, nihil egerit, si vetet pœnam peti, de qua compromissum non est; aut si alium arbitrum statuere jubeat, aut sibi adjungi; aut diem compromissi proroget, cum de eo nihil cautum (*u*). Plane solutioni diem statuere potest, quia, ut puto solutionis pars est (*x*) dies. Cetera in sententia arbitri, quamvis iniqua, rata (*y*) sunt. Enim vero, si stipulantis dolo factum sit, ut iniqua sententia ferretur, si quidem clausula, ne quid doli mali in ea re fieret adjecta sit, pœna ipso jure non committetur, etsi victus sententiæ non paret; quin etiam etsi per errorem paruit, tamen actione ex stipulatu repetet ea, quæ solvit; si non adjecta, valebit quidem ipso jure sententia, sed nihilominus locum habebit de dolo actio, vel (*z*) exceptio. In circumstantiis sententiæ ferendæ exigitur, primum ut præsentes sint litigatores, nisi in compromisso expressum sit, ut absente vel uno, vel utroque sententia (*b*) promatur. Ex officio igitur arbitri est, ut certo loco, & tempore adesse jubeat litigatores, per nuncium, an per epistolam, (*c*) nihil interest. Quod si unus adesse jussus non venerit, non eo magis valebit sententia, sed pœna adversus eum committetur; nisi justa causa impeditus, quominus veniret, eumdem compromittere paratus sit; quo casu placet aut actionem adversus eum denegari, aut exceptione (*d*) tutum fore. Secundo exigitur, ut ne vetito tempore sententiam dicat, qualis est dies (*e*) Dominicus; nave

---

(*k*) *l.* §. 2. *ff. hoc tit.* Quod autem solent Judices, antequam sententiam ferant, transactionem inter partes tractare, in eo non arbitrorum, sed arbitratorum vice funguntur; & quod ita inter partes transactum est, id non auctoritate judiciali, sed jure transactionis valet, ut bene notat *Bachov. ad Treutl. p. 1. disp. 12. th. 6. lit. F.*

(*l*) *l. 7. l. 9. l. pen. ff. ult. C. h. tit. arg. l. 1. & l. cum lege, 41. ff. eod.*

(*m*) Igitur nec servus compromittere potest. *leg. non distinguemus, 32. §. si serv. eod. l. 3. §. si servus, de pecul.* Vid. Cujac. 8. *obs.* 11. nec impuberes, furiosi, prodigi, quia nec obligari possunt.

(*n*) Quia hæ omnes ejusmodi causæ sunt, ut existimentur majores Judices habere debere. *dict. l. 32. §. Jul. & seq.*

(*o*) Quod & ipsum arbitrium commune habet cum judicio. *l. de his, 46. h. tit.*

(*p*) *l. qualem, 19. eod.* aut quod Titio disceptatori placuerit, pronunciet. Hoc enim pacto libera arbitrio sententiæ dicendæ facultas contra naturam arbitrii aufertur. *l.* 17. §. 3. *eod.*

(*q*) *l. arbiter calendis*, 40. *eod.*

(*r*) *l. quid tamen, 21. §. Papinian. & §. si intra. junct. l. non distinguemus, 32. §. ult. & l. seq. eod.*

(*s*) Idque propter conventionem. *l. diem, 27. §. 1. junct. l. antep. §. 2. eod.* Quod si ab una tantum parte hæredis mentio in compromisso facta sit, placet compromissum solvi morte cujusvis ex litigatoribus. *d. §. 2.*

(*t*) *l. rem non novam. vers. & generaliter, & §. patroni, C. de jud. l. 2. C. de jur. propt. calumn. l. 12. in pr. l. 14. l. Labeo, 25. §. 1. h. tit.*

(*u*) Quæ omnia sequentibus locis comprehensa. *leg. quid tamen, 21. §. item si arbiter, & § non debent, d. l. 32. §. de officio, 15. & du. seqq. & §. ult. l. arbiter, 42. l. in compromissis, 45. l. antep. eod.* De forma compromissi in arbitrio servanda vide, quæ notat Thuld. ad Damhoud. *prax. civ. c. 304. lib. I*

(*x*) *l. 1. §. 2. de edend.* De solutione autem est Textus in *d. l. 21. § solutione, h. tit.*

(*y*) *l. diem proferre, §. stari, eod. l. societatem, 76. pro soc.* nisi lata sit in thesi contra jus, cujusmodi sententiam Judicis ipso jure nullam esse docuimus *sup. cap.* 48. Vid. & *cap. seq.*

(*z*) Hæc in *l. ita demum, 31. hoc tit.* ubi in fine hoc compromissum, quod & doli clausulam habet, plenum J. C. appellat. Alio autem sensu plenum dicitur in *l. 1. §. 2. in fin. & l. 13. §. 1. eod.* item alio in *l. 21. §. plenum. eod.* add. Bachov. ad *hunc tit. cap. 2. n. 5.*

(*b*) *l. diem, §. si quis litigatorum, eod.* quod si jure sit, absens non committit pœnam, itaque verba illa in *d. §. pœnam autem is, qui defuit, committit.* ad antecedens referenda sunt, ut recte Gloss. *ibid.*

(*d*) *l sed & 49. §. arbiter, eod.* de loco sententiæ dicendæ est *l. 21. §. 10. & seq. eod.* add. Bachov. ad *hunc tit. c. 4. n. 8.*

(*d*) *d. l. diem, §. si quis,* junct. *d. l. 21. 2. si qui eod.*

(*e*) *l. 3. l. 7 C. de feriis.* Bart. in *l. 13. §. fin. h. tit.* Costal. in *l. 1. ff. de feriis,* quamvis contractus festo die celebrati, & arbitramenta valeant, per *l. 8. C. de fer.*

neve eo toto tempore, quo res tractatur; cui sententia arbitri præjudicium fieri non oportet; veluti si is faciat controversiam hæreditatis, qui cum defuncto (*f*) compromiserat; postremo nec invito litigatore eo tempore, per quod ex privilegio litem exercere non cogitur, cujusmodi privilegium legatis olim concessum (*g*) fuit. Si hæc impedimenta non erunt, nihil obstare puto, quominus omni tempore, etiam feriato die sententiam ferat, modo id faciat (*h*) præsentibus & consentientibus litigatoribus. Ceterum si in pluribus arbitris compromissum sit, etiam his omnibus præsentibus judicari oportere existimo (*i*).

His igitur vitiis remotis, erit quidem sententia arbitri ejusmodi, ut jure non improbetur; sed hoc ad vim, & effectum ejus non est satis, nisi simul jus eam tueatur, & recusantem ei parere cogat. Cogendi ratio duplex; una vetus, & obliqua; altera, nova, & directa. Vetus, & obliqua ex conventione nascitur litigatorum ultro, citroque pœnam promittentium, si quis sententiæ non steterit; quæ mutua pœnæ stipulatio, & promissio compromissum (*k*) dicitur. Obliquam hanc rationem ideo appellamus, quia hujus conventionis non ea vis, ut quis districte cogatur ut solvat, quia iterum agere potest, neque enim veterem actionem arbitri consumit (*l*) sententia. Prodest autem compromissum non solum ad hoc, ut sententiæ pareat, qui pœnam evitare velit, sed etiam ut cogatur sententiam pati, quia & tunc pœnam committi placet, cum per litigatorem steterit, quominus arbiter sententiam (*m*) diceret. Directa sententiæ tuendæ ratio est, cum jus cogit recta stare sententiæ, data actione, quo ea mandetur exequutioni. Hæc ratio nova est a Justiniano introducta, qui primus ex sententia arbitri actionem, & exceptionem dedit, certis quidem conditionibus, sed quarum tamen singulæ non minus, quam universæ valeant ad sententiæ confirmationem. Conditiones hæ positæ & ipsæ in facto litigatorum, sunt quatuor: si litigatores jurejurando interposito caverint, se sententiæ staturos; si arbiter, postulantibus litigatoribus, juraverit, se religiose judacaturum; si litigatores sententiæ subscripserint; si silentio sententiam confirmarint, quod fecisse existimentur, si intra decem dies, ex quo sententia lata, pars una alteri, aut Judici non denunciaverit, sententiam non (*n*) placeret. Ex his autem conditionibus prima, & secunda postea abrogatæ; solæ relictæ duæ posteriores. Datur autem actio vel in factum, vel condictio ex lege, vel in rem utilis, prout exigit facti qualitas, ut ad similitudinem judicati actionis sententia per Magistratum mandetur exequutioni, perinde ac si judicio (*o*) actum esset. Exceptio autem, quæ ex arbitrio nascitur, pacti exceptio est. Illud obiter monendi sumus, jus primam arbitri sententiam tueri; mutare autem, aut corrigere cum sententiam non posse, quia sententia semel dicta arbiter esse (*p*) desinit. Plane jussum ante sententiam, quæ arbitrium finiat, mutare potest (*q*).

CAPUT LVII.

Qui arbitrium receperit, cogi sententiam dicere, nisi justam recusandi causam habeat.

VI, & potestate arbitrii cognita, superest, ut quæramus, an si recuset arbiter sententiam dicere, ad id cogi possit. Et quidem de cogendo eo, qui arbitrium non recepit, jure nihil cautum; unde intelligitur, nec recipere quidem illud quemquam cogi. At cum quis semel arbitrium receperit, quod fecisse intelligitur, quando partes suscepit Judicis pœna compromissa, cogitur sententiam † dicere. Cogetur autem a Prætore, quicumque sit, mulcta indicta; dum ne par, aut superior (*r*) Magistratus. Ceterum non cogitur, nisi causa cognita, nam licet verbis edicti hæc una tantum conditio expressa sit, si pœna compromissa rece-

(*f*) *d. l. non distinguemus*, §. *si is*, 10. *hoc tit.* porro hæreditati præiudicium fieri non oportet. *leg.* 5. *in fin. de her. pet.*

(*g*) *d. l. non distinguemus*, §. *item si*, 9. *h. tit.* junct. *l.* 2. §. *legatis*, *de jud.*

(*h*) Quamvis cogi non possit, nisi dies compromissi exitura sit, nec proferri possit. *l.* 13. §. *pen. h. tit.* adde Bachov. *c.* 4. *n.* 7. ubi recte conciliat *l. arbiter*, 40. ff. *h. t.* & locum Macrob. 1. *saturn.* 15. cum *l.* 7. C. *de fer.*

(*i*) Haud secus, quam jus est, cum plures judicare jussi sunt. *l. duo ex tribus*, 39. *de re jud.* vid. *sup. d.* 48. *in fin.*

(*k*) *l.* 11. §. 1. *hoc tit.* Neque tamen necesse est, pœnam semper promittere, sed ex sententia edicti sufficit rem apud arbitrum deponi ea lege, ut ei detur, qui vicerit. *d. l.* 11. §. 2. interdum & nudum pactum sufficit. §. 3. *d. l.* 11. sed & si sine pœna simpliciter sententiæ stari promiserint, datur incerti actio. *l.* 27. §. *ult. eod.* vid. *cap. seq.*

(*l*) *l.* 1. C. *hoc tit.* Cui non placuit tantam vim attribui, ut inter publica, & privata judicia nullum esset discrimen: aut ne exequatis judiciariæ auctoritati privatorum hominum placitis, splendor ille, & majestas judiciorum obsolesceret. VVesemb. *par. n.* 4.

(*m*) *l. diem*, §. *si quis litigatorum*, ff. *d. l.* 1. & *l.* 2. C. *eod.* Cujus rei rationem pete ex *l. in jure*, 161. *de reg. jur.*

(*n*) De primis tribus conditionibus cautum in *l.* 4. C. *hoc tit.* de postrema in *l. pen. vers. sin. autem*, Cod. *eod.* Nov. *de judicib.* 82. *cap.* 11. Haud dubie, quoniam animadvertit, periculosum esse, & lubricum, concedere aliquid jurijurando in futurum concepto.

(*o*) *d. l.* 4. §. & *in his omnibus*, *pen. l. pen. in pr.* C. *eod.*

(*p*) *l. qualem*, 19. *in fin.* & *l. seq. d. l. quid tamen*, *in pr.* ff. *hoc tit.*

(*q*) *d. l. qualem*, §. 2. ficut & Judex potest. *l.* 14. ff. *de jud.*

† *l.* 3. §. 1. & *seq.* junct. *l. Pomponius*, §. *recepisse*, *eod.* VVesemb. *par. n. n.* 3.

(*r*) *l. non distinguemus*, §. *si arbiter* junct. *d. l.* 3. *in fin.* & *quat. ll. seqq. eod.*

receperit, edictum tamen ita acceptum, quasi Prætor pollicitus esset de causa cognita coacturum, ut si quam justam recusandi causam arbiter haberet, sententiam dicere non (s) cogeretur. Recusandi causæ in universum quinque: Prima est, si sententia inutilis futura (t) sit, sive ex persona arbitri, quod is non idoneus; sive ex ex persona rei, quod cum eo arbitrium non consistat; sive ex re, de qua agitur; sive ex lege arbitrio dicta, de quibus causis ordine diximus cap. præcedenti. Eodem pertinet, si quis arbitrium receperit pœna non (u) compromissa. Et olim quidem hic in universum arbiter non cogebatur, propterea quod pœna invicem non promissa impune sententia contemneretur. At hodie cum etiam sine compromisso saltem duobus casibus sententia valeat, dubitari potest num vel ideo arbiter cogendus, quamvis sine compromisso receperit. Non magis puto, quam si sub conditione pœna promissa recepisset, quippe cum & illi casus incerti sint, & adhuc ex incerto eventu, factoque litigatorum pendeat sententiæ (x) confirmatio. Manebit igitur etiam nunc jus antiquum, ut pœnam invicem promitti oporteat. Et est animadvertendum, stipulationem in pœna exigi, quia pactum ad exactionem jure civili non (y) sufficit. Plane si res ea lege apud arbitrum depositæ sint, ut daret ei, qui vicisset, (z) tale pactum pro pleno compromisso habetur. Quod si ad pœnam consequendam retentione tantum opus, nudum etiam pactum (a) suffecerit. Illud non refert, certa summa, aut res promissa sit, an incerta quanti res est; ac ne illud quidem major ne, an minor sit pœna, quam res, de qua (b) agitur; pure promissa sit, an in diem; at sub conditione si promittatur, periculum est, ne deficiat (c) conditio. Sed etsi pœna compromisso expresse adjecta non est, sed simpliciter sententiæ stari litigatores promiserunt, placuit nihilominus adversus eum, qui non paret, incerti actionem (d) esse; quapropter & hic arbiter cogi poterit, ut sententiam (e) dicat. Promissam autem pœnam sic accipiemus, si utiliter promissa sit; nam si mulier alieno nomine promittat, non erit pecunia compromissa (f) propter intercessionem: item si duret promissio, & res in ea causa sit, ut pœna perpetuo possit exigi, unde si pœna accepto lata sit, non (g) debet arbiter cogi; & pœna solvitur (h) compromissum. Idem est, si is, qui pœnam promisit, bonis suis (i) cesserit. Quod autem juris est pœna ab utroque non promissa, aut ita promissa, ut exigi non possit, idem est, si ab altero promissa sit duntaxat. Quid enim si sententia (k) dicenda adversus eum, qui non promisit?

Secunda causa recusandi est, si sine incommodo suo, quod post arbitrium receptum inciderit, operam præbere arbiter non possit. Hoc autem incommodum, aut est valetudinis, aut ætatis, aut famæ, aut etiam rei familiaris, si quod urgens negotium incidat, cui vacare non possit, si cogatur (l) cognoscere, & judicare. Et profecto nemini officium alieni commodi causa susceptum (m) nocere debet. Ceterum in causa valetudinis, aliisque temporalibus incommodis arbitrium causa cognita differre (n) cogitur. Tertia est, si se indignos præbeant litigatores, quibus hæc opera navetur, quod faciunt, aut spernendo arbitri judicium, dum ad Judicem, aliumve arbitrum eunt, aut eum (o) infamando: nec refert, ambo, an alter tantum hæc fecerit; sed pœna adversus eum, qui fecerit, (p) committitur. Quarta est, si secus, quam per compromissum licet, arbiter cogatur, veluti si ex pluribus sumptis unum Prætor cogat, ceteros non cogat; nisi sic sumpti, ut quam quilibet, vel unus sententiam dixisset, ei (q) staretur. Postrema est, si cogatur dicere diebus feriatis; hoc tamen ita, nisi dies exitura sit, nec proferri possit; extra quam

(s) Traditur hoc in *l. 15. eod. hoc tit. ff.*

(t) Nihil enim interest litigaturum talem sententiam proferri: neque cogendus arbiter inanem operam sumere.

(u) Nam verbis edicti non aliter sententiam dicere cogebat, quam pecunia compromissa. *l. 3. §. ait Prætor*, *eod.*

(x) Quamvis aliud Donello videatur *c. 11. lib. 28. comm.*

(y) *l. juris gentium*, *§. sed cum nulla*, *&* *§. quinimo. ff. de pact.*

(z) *l. litigatores*, *§. 2. hoc tit.* facit *d. l. juris gentium*, *§. 2. & l. legem*, *C. de pact.*

(a) Id tunc evenit, cum ambo litigatores debitores invicem fuerunt, & pacti sunt, ne petat, quod sibi debetur, qui sententiæ arbitri non paruit *d. l. litigatores*, *§. 3.*

(b) Vid. *d. l. litigatores*, *§. 2. l. non autem*, *28. l. 32. in pr. eod.*

(c) In quem casum recte dicetur pœna non esse promissa. *d. l. litigatores*, *§. ult. & l. seq. eod.*

(d) *l. diem*, *27. §. ult. eod.* Nec obstat, quod edictum de pecunia compromissa loquitur. *l. 3. §. 2. eod.* nam instar pecuniæ promissæ est, quod incerti condictione agi potest,

(e) Siquidem ad cogendum arbitrum sufficit compromissum valere. *d. l. litigatores*, *§. 1. eod.* Bachov. ad *hunc tit. cap. 2. n. 2.*

(f) *l. non distinguemus*, *§. 2. eod.*

(g) *l. Pomponius*, *eod.*

(h) Scilicet, quia pœna amplius committi non potest. *d. l. non distinguemus*, *§. 1. l. si duo*, *34. §. 1. eod.* De modis solvendi compromissi tractat Bachov. ad *hunc tit. c. ult.*

(i) *l. item si unus*, *in pr. eod.* ubi ratio, quod neque agere, neque conveniri possit.

(k) Quod si fiat, sententia erit inutilis. Vide *d. l. litigatores*, *ü. 4. l. Pomponius*, *§. 1. eod.*

(l) Traduntur hæc omnia in *l. licet*, *& seq. eod.* Famæ autem, & honoris periculum subire arbitrum intelligimus, si exortis postea inimicitiis capitalibus inter eum, & litigatores, aut alterutrum eorum, nihilominus judicet. *d. l. licet.*

(m) *l. 7. ff. test. qu. aper. l. si servus*, *§. quod vero*, *de furt.*

(n) *l. & quia*, *16. eod.*

(o) *l. 9. in fin. & du. ll. seq. d. l. licet*, *eod.*

(p) *Arg. l. si quis rem*, *30. eod.*

(q) *l. item si unus*, *§. 2. l. non distinguemus*, *§. cum in plures*, *13. eod.*

quam si ea lex dicta compromisso, ne die feriata sententia (r) diceretur. Dixisse autem sententiam, ut hoc obiter addam, tunc intelligitur, cum de re controversa pronunciavit, quod sibi videtur, ita ea pronunciatione, finis toti negotio (s) impositus sit. Qui igitur aut de alia re pronunciavit, aut incertam sententiam dixit, aut de parte dumtaxat, aut de quibusdam controversiis, cum de omnibus simul compromissum, ut sententiam ferret, perinde habetur, quasi non (t) dixisset.

Ex his autem intelligi potest, quamvis arbitrium in multis cum veris judicis (u) conveniat, tamen in pluribus discrepare. Pauca e multi colligamus. Arbitrium nemo invitus suscipit; non consistit de omnibus rebus; uno ex litigatoribus mortuo solvitur; omnia in judicio contra. Arbiter etiam diebus feriatis, etiam uno litigatorum absente, legitime tamen evocato, quovis loco, quo (x) convenit, sententiam dicere potest: Judex non potest. Si tres arbitri diversas sententias dixerit, nulla earum valebit; si idem fecerint tres Judices, ea obtinebit, quæ est favorabilior (y). Sententia arbitri non valet ipsa se, ut sententia Judicis, sed ope compromissi duntaxat, nisi ea intervenerint, de quibus cautum est constitutionibus Justiniani. Illi, sive æqua sit, sive iniqua, (z) standum; ab hac, si iniqua est, appellari (a) potest. Quod igitur a Paulo dictum est, compromissum ad similitudinem Judiciorum redigi, sic accipiemus, quasi dixisset, non paucis in rebus compromissum comparati ordinariæ actioni. Maxime autem ad finem, & exitum judicii pertinet, quia ut judicio, sic etiam compromisso, genere quodam judicii compendiosiore, lites finiatur.

Quæ de arbitratoribus (b) interpres tradunt, aliena esse existimo a ratione juris civilis, quippe cum arbitrator, non ut Judex adhibeatur ad controversiam aliquam sententia sua decidendam, sed nudus mediator interveniat in actibus exarajudicialibus, & contractibus, cum de re aliqua inter ipsos contrahentes non convenit: veluti si in contractu societatis partes sociorum, in emptione pretium, in locatione merces in arbitrium (c) certæ personæ, puta L. Titiis, conferatur; qui si id statuerit, quod manifeste iniquum est, ad arbitrium boni viri res redigi, constitutoque judicio pronunciatum corrigi (d) potest. Sane ad hos edictum Prætoris non pertinet.

Anchora de prora jacitor, stent littore puppes.

(r) *l. Pomponius*, §. *pen. & ult.* junct. *l. si feriatis*, 36. *eod.*

(s) *l. qualem*, *in pr. &* §. 1. *d. l. non distinguemus*. §. *quæsitum*, 16. *vers. item Pedius*, *eod.*

(t) *l. quid tamen*, *in pr. &* §. *Pomponius*, *d. l. qualem*, §. 3. *l. Labeo*, 25. *eod.*

(u) Accurs. in *l. 1. h. t.* ait compromissa imitari judicia in omnibus, quæ specialiter non excipiuntur; idque apparere in principio, in medio, in fine. Atque ita etiam Damhoud. *prax. civ. cap.* 209. *n.* 4. *& c.* 210. & utrobique Thulden. in *annotat. ibid.*

(x) Quod si non appareat, de quo loco actum sit, is locus continebitur, ubi compromissum est. *l. quid tamen*, §. *si arbiter*, *vers. & seq. h. t.*

(y) *l. diem proferre*, §. 3. *h. t.* junct. *l. inter pares*, 38. *de re jud.*

(z) *d. l. diem*, §. 2. Sane, quamvis a sententia arbitri appellari non potest, tamen si lata sit per sordes, & inimicitias, doli exceptione victo succurritur. *l.* 32. §. 14. *h. t.* Hinc usu recepta reductio, de qua Gail. 1. *obs.* 149. *& seqq.* Ferrar. in *forma libell. quo ag. ad pœn. ex comprom. ibi nec reductio peti*. Merula noster 4. *dist.* 2. *tit.* 4. *c.* 1.

(a) Et si expresse contra jus lata est, nulla est. *l.* 19. *de appell.* Quid si sententia arbitri παράνομος sit? quidam putant nihilominus valere; quod exemplo perniciosum admittere. vid. Costal. ad *d. l. diem*, *& ad l. societatem*, 76. *pro soc.* Damhoud. *c.* 213. *n.* 2. & ibi Thuld. in *not. lit.* C. Bachov. *h. tit. c.* 6. *n.* 4.

(b) Interp. duo genera arbitrorum faciunt: arbitros, & arbitratores: per *d. l.* 76. *pro soc.* quorum illi tamquam Judices servato judiciorum ordine procedant, hi sine solemnibus litem amice ex æquo, & bono componant. Vid. Gail. 1. *obs.* 150. Sed totum hoc commentitium est, quod & jam olim Jacob. animadvertit, teste Bart. in *d. l.* 70. ex recentioribus Coras. docuit, 4. *miscel.* 18. & novissime solide confirmavit Bachov. ad *hunc tit.* C. *n.* 2.

(c) *l.* 75. *cum seqq. pro soc. l. ult.* C. *de cont. empt. l.* 25. *loc.* aut modus restituendi. *l.* 43. *de verb. obl.* vel legati quantitas, vel aliquarum rerum electio, vel monumenti effectio. *l. 1. de leg.* 2. *l. ult.* §. 1. C. *comm. de leg. l.* 6. *ff. de cond. & dem.* Nullus autem locus dari potest, quo aliqua lis decisa arbitratoris interventu dicatur.

(d) Per ordinariam scilicet actionem, vel exceptionem, *d. l. societatem*. *l. in proposita*, 78. *pro soc.* etiam in contractibus stricti juris. *l. si libertus*, 30. *de op. lib. l.* 1. §. 1. *de leg.* 2. Don. ad *d. l.* 43. *de verb. obl. n.* 16. Bachov. *d. loc.* ut frustra disputent DD. ad *d. l. societatem*. *vers. arbitrorum*, quis Judex hic pro reductione adeundus.

F I N I S.

IN-

INDEX

Seu Repertorium rerum, quæ hoc Opere continentur, atque ordine Alphabetico digestæ sunt.

Prior numerus denotat Librum, alter Caput, tertius Paginam.

A

Ado-

B

C

Ede-

F

L

O

P

S

T

V

Victus